# Minderung der Konkursmasse ohne Zutun des Konkursverwalters

## Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der
Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Karl-Martin Ehrenhauß

Gerichtsreferendar in Berlin

Berichterstatter: Professor Dr. Wolfgang Hein

Druck von Erich Leuschner, Drebkau N.-L.
1936

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Großeltern und Eltern
in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548122_0157

## Inhaltsverzeichnis.

A. **Einleitung.** Der Grundsatz der Erhaltung der Masse für die Gläubiger. Abgrenzung des Themas und Behandlungsweise.

B. **Ausführung:** **Seite**

I. Die Fälle der Minderung aus dem öffentlichen Recht.

§ 1. Grundsätzliche Vorbemerkung. 3.
§ 2. Enteignung und gesetzliche Eigentumsbeschränkungen. 4.
§ 3. Einziehung. 6.
§ 4. Beschlagnahme 16.
§ 5. Verfall einer Sicherheit. 17.

II. Fälle der Minderung aus dem privaten Recht.

§ 6. Minderungen auf Grund zwingender sachenrechtlicher Normen. 18.
§ 7. Minderungen infolge gutgläubigen Erwerbs. 21.
§ 8. Minderungen auf Grund anderer den Verkehrsschutz bezweckender Vorschriften. 33.
§ 9. Minderungen infolge früherer rechtsgeschäftlicher Tätigkeit des Gemeinschuldners. 44.

C. Schluß. 60.

## Einleitung.

Die Konkursordnung ist aufgebaut auf dem Grundsatz der gemeinschaftlichen und regelmäßig gleichen anteilsmäßigen Befriedigung aller Gläubiger aus der Konkursmasse (§ 61, Zf. 6 KO). Aus diesem Grundsatz, der gemeinrechtlich als die par conditio omnium creditorum bezeichnet wird, ergibt sich einmal, daß kein Gläubiger seine Forderung einzeln und außerhalb des Konkurses verfolgen darf. Befriedigung erfolgt nur nach Maßgabe der Masse (§ 12 KO). Dieser Beschränkung der Gläubiger auf die Masse entspricht auf der anderen Seite, daß die Konkursordnung den Gläubigern die zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens vorhandene Masse in ihrem Bestande gewährleistet. So sind Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, durch die dieser selbst die Masse vermindert, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam (§ 7 KO). Soweit sich der Rechtserwerb eines Dritten nach Konkurseröffnung nicht auf eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners gründet, bestimmt § 15 KO die Unwirksamkeit auch eines solchen Erwerbes. Er ist unwirksam ohne Unterschied, ob es sich um einen Erwerb beschränkter oder unbeschränkter dinglicher Rechte handelt,[1]) oder um einen Erwerb kraft Gesetzes oder infolge einer Rechtshandlung des Erwerbers.[2]) Vollstreckungshandlungen einzelner Gläubiger sind gemäß § 14 KO unzulässig. Endlich gehört auch § 3 KO hierher, da er nur solche Gläubiger zur Teilnahme am Konkurse zuläßt, die einen zur Zeit der Konkurseröffnung begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner haben. Die Konkursordnung stellt also ein System von Schutzbestimmungen für die Konkursgläubiger auf, durch das erstens jeder Erwerb von Rechten an körperlichen Massegegenständen, zweitens jeder Verlust von Massenrechten und drittens jede Neubegründung von Forderungen gegen die Masse verhindert wird.

---

[1]) Die Ansicht Hellmanns, § 26, N. 1, S. 241, § 15 KO hindere nur den Erwerb beschränkter dinglicher Rechte zu Lasten der Konkursmasse, ist unzutreffend. Es ist vielmehr aus dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift eindeutig klar zu entnehmen und dementsprechend allgemein anerkannt, daß auch Vollrechte, wie z. B. das Eigentum, von § 15 KO betroffen werden. So ausdrücklich Jaeger, § 15 Anm. 10, Meyer-Bleyer § 15 Anm. 2a, Wolff § 15 Anm. 3, Petersen-Kleinfeller § 15 Anm. 1, Mentzel § 15 Anm. 1, v. Aufsess, § 15 II c, Sydow-Busch-Krieg, Konkursordnung, 16. Aufl. 1932 § 15 Anm. 1. Vgl. auch Begründung II zu § 12 Seite 28.

[2]) Unrichtig ist auch die Ansicht Hellmanns a. a. O., § 15 KO treffe nicht den Erwerb kraft Gesetzes, sondern nur den auf Grund einer Rechtshandlung des Erwerbers. Sie entbehrt jeder Unterlage im Gesetz. Vielmehr schließt § 15 KO zum Schutze der Konkursgläubiger grundsätzlich ebenso den Erwerb kraft Gesetzes wie den aut Grund eines Rechtsgeschäftes aus.

Dieser Schutz der Konkursgläubiger ist jedoch kein lückenloser. Zunächst sieht die Konkursordnung selbst einige Ausnahmen vor, z. B. den gutgläubigen Erwerb von Liegenschaftsrechten in §§ 7 Abs. 1 Satz 2, 15 Abs. 2 KO, die Aufrechnung (§§ 53 ff KO), die Entstehung von Massekosten und Masseschulden (§§ 57 ff KO.)[1]) Aber auch darüber hinaus gibt es eine ganze Anzahl von Fällen, in denen auf Grund materiellen Rechts außerhalb der Konkursordnung die Masse trotz der erwähnten Schutzbestimmungen rechtlich und wirtschaftlich gemindert wird. Diese letzteren Fälle aufzuzählen und zu erörtern ist der Zweck der vorliegenden Arbeit.

Bevor jedoch damit begonnen wird, ist noch eine kurze Abgrenzung des Themas erforderlich.

Nicht behandelt werden sollen die Fälle, in denen die Masse mit Zustimmung oder auf Veranlassung des Konkursverwalters gemindert wird. Daß eine solche Verminderung der Masse in allen Fällen möglich ist, wird nirgends bestritten, obwohl der Wortlaut des § 15 KO sich auch auf einen Rechtserwerb mit Zustimmung des Konkursverwalters erstreckt.[2]) Die Fähigkeit des Verwalters, über Massegegenstände wirksam zu verfügen, ist eine notwendige Folge seiner Verwaltungsbefugnis (§§ 6 Abs. 2, 117 KO); darum ist § 15 KO seinem Sinne nach auf Handlungen des Verwalters nicht anwendbar.

Nicht in den Bereich des Themas fallen ferner alle rein tatsächlichen Verminderungen der Masse im Gegensatz zu den rechtlichen. Daß keine Rechtsordnung imstande ist, den Untergang oder die Verschlechterung von Massegegenständen zu verhindern, bedarf keiner weiteren Begründung.[3])

Weiterhin kommen als Minderungen im Sinne dieser Arbeit nur solche Vorgänge in Betracht, die auf den rechtlichen und wirtschaftlichen Bestand der Masse zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens auch tatsächlich mindernd einwirken. Keine wahren Minderungen der Masse liegen dagegen vor, wenn das Vermögen des Gemeinschuldners bereits vor Konkurseröffnung einen Rechtsverlust erlitten hat, und wenn dieser Verlust späterhin durch irgendwelche Rechtsvorgänge der Masse gegenüber nur bestätigt wird, wie es z. B. im Falle einer vor Konkurseröffnung gemäß §§ 1075, 1287 Satz 2 BGB, § 848 Abs. 2 ZPO erfolgten Rechtsänderung durch Be-

---

[1]) Keine Ausnahme ist dagegen die Zulassung der Aus- und Absonderung (§§ 43 ff, 47 ff KO) da hier nicht die Neuentstehung von Rechten, sondern nur die Verwirklichung bereits vorhandener Rechte an Massegegenständen in Frage steht. Daher wird auch die Zwangsvollstreckung wegen eines Aus- und Absonderungsanspruches durch die Konkurseröffnung nicht gehindert (Jaeger, § 15 Anm. 4, § 14 Anm. 8, 9). Das letzte gilt auch hinsichtlich der Masseansprüche (Anm. 7 a. a. O.).

[2]) Vgl. Prot. Bd. 6 Seite 757.

[3]) Eine andere Frage ist es, ob auf Grund des Unterganges oder der Verschlechterung Ersatzansprüche für die Masse erwachsen, vgl. unten Seite 5, auch Seite 19.

richtigung des Grundbuches zu Ungunsten der Masse geschieht.[1]) Das Gleiche gilt von solchen gegen die Masse gerichteten Maßnahmen Dritter, die nur der Erhaltung eines der Masse gegenüber bereits begründeten Rechts dienen,[2]) z. B. der Wiedereintragung einer zu Unrecht gelöschten Belastung eines Massegrundstücks, und von solchen Rechtsvorgängen, die nur den Uebergang eines Rechts an einem Massegegenstand auf einen anderen Gläubiger bewirken.

Nach dieser Umgrenzung des Themas sei noch eine Bemerkung zu seiner Bearbeitungsweise gestattet. Da das Thema durch weite Gebiete des öffentlichen und privaten Rechts führt, war es nicht immer möglich, alle auftauchenden Streitfragen mit der größten Eindringlichkeit zu behandeln. Es wurde daher die Entscheidung mancher Streitfragen vermieden, die für das Ergebnis nicht von unmittelbarer Bedeutung waren so z. B. derjenigen nach der Rechtsstellung des Konkursverwalters oder nach der Natur des Rechtes der Gläubiger an der Masse. Auch wurden solche Fragen weniger eingehend erörtert, über die Spezialarbeiten bereits vorhanden waren, um dafür auf solche Fälle, die bisher in Einzeldarstellungen noch nicht erörtert wurden (z. B. die Wirkung der Einziehung und der Vollendung der Ersitzung auf die Masse), möglichst ausführlich eingehen zu können.

## Ausführung.

### I. Fälle der Minderung aus dem öffentlichen Recht.

### § 1.

Bei der Behandlung der Fälle, in denen die Konkursmasse nachträglich gemindert wird, soll mit denjenigen aus dem öffentlichen Recht begonnen werden. Wenn z. B. ein Grundstück, das zu einer Konkursmasse gehört, enteignet werden, oder wenn ein beweglicher Massegegenstand eingezogen oder beschlagnahmt werden soll, so fragt es sich, ob diese staatlichen Eingriffe in das Privateigentum auch der Masse und den Konkursgläubigern gegenüber zulässig sind.

Diese Frage ist durchaus nicht müßig. Denn es ist nicht so, daß Eingriffe, die unter den gesetzlichen Voraussetzungen dem Einzelnen gegenüber ohne weiteres rechtmäßig sind, auch den Konkursgläubigern dieses Einzelnen gegenüber erlaubt sein müssen. Es besteht nämlich, wie oben S. 1 gezeigt wurde, eine ganze Reihe von Vorschriften der Konkursordnung, die den Bestand der Masse zu Gunsten der Konkursgläubiger gewährleisten. Es kommt hier zu einem Zusammentreffen, einer Kollision der konkursrechtlichen Vorschriften mit den Normen, die die Enteignung, Einziehung oder Beschlagnahme anordnen. Nahegelegen hätte es, eine gesetzliche Regelung dieser Kollisionsfälle zu treffen. Sie ist

---

[1]) Vgl. dazu Jäeger § 15 Anm. 8 und 26.
[2]) Jaeger a. a. O. Anm. 27.

jedoch nicht vorhanden, und auch die Wissenschaft enthält sich im allgemeinen einer Erörterung.[1]) Die Entscheidung dieser Fälle darf jedenfalls nicht schlechthin davon ausgehen, daß das Recht des Staates dem Privatrecht der Gläubiger vorzugehen habe. Vielmehr ist bei einem jeden Kollisionsfall nach den Rechtsgütern zu fragen, denen die widerstreitenden Normen dienen. Nur ein Vergleich dieser Rechtsgüter kann beim Fehlen besonderer gesetzlicher Bestimmungen den höheren Wert und damit das Obsiegen des einen oder anderen Rechtssatzes begründen.

## § 2.

### Enteignung und gesetzliche Eigentumsbeschränkungen.

Von den öffentlichrechtlichen Eingriffen in den Bestand der Konkursmasse sind im einzelnen zunächst die Fälle der Enteignung zu erörtern. Dabei sollen unter Enteignung hier nicht nur die Fälle der sogenannten „klassischen Enteignung" verstanden werdem, also der Entziehung oder Belastung von Grundstücken oder dinglichen Rechten an ihnen, soweit die Maßnahme für ein bestimmtes öffentliches Unternehmen nötig ist, durch Verwaltungsakt und gegen Entschädigung.[2]) Auch die zahlreichen anderweiten Eingriffe in das Privateigentum werden hier erwähnt, die nach neuerer Auffassung ebenfalls unter den Begriff der Enteignung fallen, selbst wenn sie nicht innerhalb der engen Grenzen der klassischen Enteignung bleiben und sich schon dem nähern, was als gesetzliche Begrenzung des Eigentumsbegriffes bezeichnet wird.

Auch im neuen Staate wird daran festgehalten, daß die Enteignung nur auf gesetzlicher Grundlage und nur zum Wohle der Allgemeinheit erfolgen darf.[3]) Auf dem Gebiete der Grundenteignung sind die wichtigsten Gesetze noch immer das preußische Gesetz über Enteignung von Grundeigentum vom 11. 6. 1874 und das preußische Fluchtliniengesetz vom 2. 7. 1875. Enteignungsgesetze sind ferner: Das Gesetz über Landbeschaffung für Zwecke der Wehrmacht vom 29. 3. 1935, § 38 des Gesetzes über die Deutsche Reichsbahngesellschaft in der Fassung vom 13. 3. 1930, § 28 des Reichsheimstättengesetzes vom 10. 5. 1920, § 3 des Reichssiedlungsgesetzes vom 11. 8. 1919. Im übrigen ist eine Aufzählung sämtlicher Enteignungsgesetze nicht beabsichtigt. Die immer mehr wachsende Bedeutung dieser Rechtseinrichtung läßt sich jedoch recht gut aus einer von Weber[4]) aufgestellten Tabelle entnehmen, nach der vom 24. 3. 1933 bis zum 31. 10. 1935 nicht weniger als 69 Enteignungsgesetze und Ausführungsverordnungen dazu ergangen sind. Enteignungsgesetze sind auch, obwohl der Wortlaut

---

[1]) Vgl. Schüll, Seite 37.

[2]) So Jellineks Definition der „klassischen Enteignung" (a. a. O. Seite 402).

[3]) Koellreutter, Deutsches Verfassungsrecht, Berlin 1935, Seite 86.

[4]) Weber — Wieacker, Eigentum und Enteignung, Hamburg 1935, Seite 26 ff.

dieser Gesetze nur von einer „Einziehung" spricht, das Gesetz über Einziehung kommunistischen Vermögens vom 26. 5. 1933 und das dieses erweiternde Gesetz über die Einziehung volks- und staatsfeindlichen Vermögens vom 14. 7. 1933. Der Begriff der Einziehung ist hier nicht in dem gewöhnlichen Sinne gebraucht, daß darunter nur die im Zusammenhang mit einer bestimmten strafbaren Handlung erfolgende Einziehung zu verstehen wäre, sondern man hat hier zwecks Kennzeichnung der betreffenden Vermögensstücke als mit staatsfeindlich-verbrecherischer Gesinnung in Verbindung stehend das Wort „Einziehung" statt des an sich zutreffenderen Wortes „Enteignung" gewählt. Wegen der fehlenden Beziehung zu einer strafbaren Handlung ist schließlich auch die „Einziehung" nach § 2 des Gesetzes betreffend die Bekämpfung der Reblaus vom 6. 7. 1904, §§ 9, 10 des Gesetzes betreffend die Schlachtvieh- und Fleischbeschau vom 3. 6. 1900, § 2 des Gesetzes Maßregeln gegen die Rinderpest betreffend vom 7. 4. 1869, §§ 24, 26 des Viehseuchengesetzes vom 26. 6. 1909 in Wahrheit eine Enteignung.

Es bedarf keiner weiteren Erörterung, daß die Enteignung in allen genannten Fällen auch gegenüber der Konkursmasse zulässig ist. Das Wesen der Enteignung besteht doch gerade, wie bereits oben erwähnt, in der aus Gründen des öffentlichen Wohles vorgenommenen Beschränkung oder Entziehung von Rechten. Dieses wird besonders in den zuletzt genannten Fällen deutlich, wo die Enteignung zur Sicherung des Staates selbst, im Interesse der Volksgesundheit und zum Schutze wesentlicher Zweige der deutschen Wirtschaft zugelassen wird. Daß die immerhin nur privatwirtschaftlichen Belange der Konkursgläubiger gegenüber solchen staatlichen oder öffentlichen Interessen zurücktreten müssen, steht außer Zweifel.

Es ist allerdings noch darauf hinzuweisen, daß die Enteigunng —wirtschaftlich gesehen — in vielen Fällen keine Minderung der Masse darstellt, da oft an Stelle der enteigneten Gegenstände eine Entschädigungssumme in die Masse fallen wird.[1]) Dies ist jedoch durchaus nicht bei jeder Enteignung der Fall. So ist die Entschädigungspflicht des Staates ausdrücklich ausgeschlossen durch § 42 des Reichsnaturschutzgesetzes vom 26. 6. 1935, § 69 des Reichsjagdgesetzes vom 3. 7. 1934, § 6 des Reichsnährstandgesetzes vom 13. 9. 1933, § 7 des Gesetzes über Einziehung kommunistischen Vermögens vom 26. 5. 1933. Die erhebliche wirtschaftliche Bedeutung, die die Enteignung für die Konkursgläubiger gewinnen kann, darf daher nicht unterschätzt werden.

---

[1]) Jaeger, § 1 Anm. 62.

## § 3.

### Einziehung.

Ein öffentlich-rechtlicher Eingriff in das Privatrecht ist ferner die Einziehung von Sachen, die zu einer strafbaren Handlung in Beziehung stehen.

Soweit es sich hier um Einziehung des ganzen Vermögens gemäß §§ 86, 93 StGB (neugefaßt durch das Gesetz vom 24. 4. 1934) handelt,[1]) kann freilich eine Beeinträchtigung der Konkursgläubiger desjenigen, gegen den die Einziehung sich richtet, nicht eintreten. Denn diese Einziehung erfaßt nur das Vermögen nach Abzug der Schulden.[2]) Die Konkursgläubiger erhalten daher ihre Quote in derselben Weise, wie wenn keine Einziehung angeordnet wäre.

Keine Minderung der Masse ist auch in dem Falle gegeben, daß ein die Einziehung aussprechendes Erkenntnis eines Gerichts oder einer Verwaltungsbehörde (§ 419 StPO) schon vor Konkurseröffnung vorliegt und rechtskräftig ist, und daß nur der einzuziehende Gegenstand sich noch in der Masse befindet. Denn da das Eigentum an diesem Gegenstande mit der Rechtskraft des Einziehungserkenntnisses auf den Fiskus übergeht,[3]) so gehört der Gegenstand gemäß § 1 KO garnicht zur Masse; er kann vom Fiskus ausgesondert werden (§ 43 KO).[4])

---

[1]) Es ist dies eine völlige Neuerung in unserem modernen Strafrecht, nachdem durch die Verfassungsgesetze der deutschen Länder die Vermögenseinziehung durchweg abgeschafft worden war (vgl. preuß. Verfassungsurkunde vom 31. 1. 1850, Art. 10). Nach älteren Rechten war sie dagegen als Folge eines „crimen maiestatis" durchaus üblich (vgl. Allgemeiner Landfrieden, Titel 8 § 4; Allgemeines Landrecht II Tit. 20 §§ 95, 103).

[2]) Jaeger § 63 Anm. 4.

[3]) So die im Schrifttum herrschende und m. E. richtige Lehre, vgl. Olshausen § 40 Anm. 4 m. Verw. gegen das Reichsgericht, z. B. RGSt. Bd. 49, S. 135, und Frank § 40 IV 3, die annehmen, daß das Einziehungsurteil den Täter oder Teilnehmer nur verpflichten, das Eigentum auf den Fiskus zu übertragen.

[4]) Schüll, S. 35. — Folgt man dagegen der hauptsächlich vom Reichsgericht vertretenen Ansicht, so scheidet der einzuziehende Gegenstand erst in dem Augenblick aus der Masse aus, wo der Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Vollstreckung des Einziehungsurteils den Gegenstand in Besitz nimmt (StPO § 463, ZPO § 897). Nur wenn der Gegenstand vorher beschlagnahmt worden ist (vgl. unten Seite 17), gehört er auch nach dieser Ansicht mit Rechtskraft des Einziehungsurteils nicht mehr zur Masse. Denn in diesem Falle besteht bereits mittelbarer Besitz des Fiskus, und das Urteil ersetzt nur die Einigung zur Eigentumsübertragung gemäß § 929 Satz 2 BGB (§ 894 ZPO; vgl. Frank, § 40 Anm. 3 m. Verw.).

Wenn aber auf Einziehung eines zur Masse gehörigen Gegenstandes erst nach Konkurseröffnung erkannt wird, oder wenn dieses Erkenntnis erst nach diesem Zeitpunkt rechtskräftig wird, so entsteht die Frage, ob die Einziehung hier auch zum Nachteil der Konkursgläubiger zulässig ist. Obwohl diese Frage wegen der Vielzahl der die Einziehung vorschreibenden oder zulassenden Gesetze nicht ganz unwichtig sein kann, beschränkt sich das konkursrechtliche Schrifttum meist auf kurze Bemerkungen ohne nähere Begründung. Die dort gegebenen Entscheidungen weichen erheblich voneinander ab.

1) Die Einziehung wird von der wohl herrschenden Lehre ganz allgemein auch den Konkursgläubigern gegenüber zugelassen,[1]) und zwar fast durchweg mit der Begründung, daß die Einziehung keine Strafe oder wenigstens keine Geldstrafe sei und daher § 63 Zf. 3 KO nicht zur Anwendung gelangen könne. Diese Begründung geht m. E. fehl. Wie schon betont, ist eine gesetzliche Regelung für den Fall des Zusammentreffens von Einziehungsnormen mit Vorschriften der Konkursordnung überhaupt nicht vorhanden. Es geht dann aber auch nicht an, eine Einzelvorschrift der Konkursordnung herauszugreifen, diese unanwendbar zu finden und nun vermöge eines Umkehrschlusses zu behaupten, wenn die Einziehung keine Strafe sei, so müsse sie im Gegensatz zu den Geldstrafen der Masse gegenüber zulässig sein.

2) Ohne jede Begründung vertreten dagegen v. Sarwey — Boßert[2]) den Standpunkt, daß eine Einziehung mit Wirkung den Konkursgläubigern gegenüber ganz allgemein unzulässig sei. Dem schließt sich Schüll unter Berufung auf praktische Erwägungen und das Gerechtigkeitsgefühl an.[3])

3) Schon mehr auf den wesentlichen Gesichtspunkt geht eine dritte Meinung ein, die einen Unterschied macht zwischen der Einziehung mit Strafnatur und der mit dem Charakter einer polizeilichen Vorbeugungsmaßnahme. Im ersten Fall soll die Einziehung gegenüber den Konkursgläubigern unzulässig, im zweiten dagegen zulässig sein.[4])

Die Entscheidung der Frage scheint fast allgemein — wenn dies auch der Kürze der Begründungen halber nicht überall klar zum Ausdruck gekommen ist — von der Vorfrage nach der Rechtsnatur der Einziehung abhängig gemacht worden zu sein, davon also, ob die Einziehung Strafe oder polizeiliche Maßnahme ist.[5]) Diese Frage ist äußerst bestritten.[6]) Es kann jedoch hier nicht näher

[1]) So Meyer-Bleyer, § 63 Anm. 4, Jaeger, § 15 Anm. 11, § 49 Anm. 3 § 63 Anm. 4, Petersen-Kleinfeller, § 63 Anm. 5, Oetker, Grundbegriffe, S. 163.

[2]) a. a. O. § 63 Anm. 4.

[3]) a. a. O. Seite 42.

[4]) So Kohler, Lehrbuch Seite 106, Leitfaden Seite 104, Mothes, Seite 77 ff.

[5]) Schüll widmet dieser Frage allein zwei Drittel seiner Arbeit!

[6]) Vgl. Frank § 40 I, Olshausen § 40 Anm. 1 und Leipziger Kommentar § 40 Anm. 2 mit ausführlichem Nachweis der zahlreichen Spezialarbeiten und Dissertationen.

darauf eingegangen werden. So wichtig diese Frage auf anderen Gebieten ist,[1]) stellt sie doch keinen geeigneten Ausgangspunkt für die vorliegende Untersuchung dar. Es kann, wie bereits dargelegt, für die Zulässigkeit der Einziehung nicht ihre rechtliche Natur entscheiden, sondern nur die Abwägung des Rechtsgutes, dem sie dient, gegenüber dem Rechtsgut des Schutzes der Konkursgläubiger. Der Durchführung dieses Vergleiches sollen die folgenden Ausführungen dienen.

Wie schon die Beschäftigung mit den Lehrmeinungen über die Rechtsnatur der Einziehung zeigt, kann die Einziehung niemals einheitlich beurteilt werden, da die Rechtsgebiete, auf denen sie vorgesehen ist, und ihre Voraussetzungen zu verschieden sind. In derselben Weise, wie die Einziehung bald als strafrechtliche Maßregel, bald als polizeiliche Vorbeugungsmaßnahme anzusehen ist,[2]) kann man die verschiedenen Fälle der Einziehung einteilen nach dem Maße des öffentlichen Interesses, das ihnen zugrunde liegt.

Eine solche Methode der Einteilung liegt an sich sehr nahe, denn der Staat selbst hat durch die Fassung seiner Gesetze das Maß des Interesses kundgegeben, das er den einzelnen Fällen der Einziehung beilegt.

Es ist nämlich auffällig, daß in einer Anzahl der die Einziehung androhenden Gesetze diese Einziehung zwingend vorgeschrieben ist, in anderen dagegen nicht.[3]) Bei näherer Betrachtung dieser verschiedenen Fälle wird sogleich ersichtlich, daß dort, wo die Einziehung zwingend ist, ein wirklich dringendes öffentliches Interesse an ihr besteht, während es an diesem dringenden Interesse da fehlt, wo die Einziehung in das Ermessen des Richters gestellt ist.

Diese für die weitere Entscheidung grundlegende Behauptung soll im folgenden noch näher bewiesen werden. Daß sie nicht rein willkürlich und aus der Luft gegriffen ist, zeigt zunächst eine logische Erwägung: Wenn wirklich ein erhebliches Interesse des Staates an der Einziehung besteht, so kann er diese nicht dem richterlichen Ermessen überlassen. Die Ablehnung der Einziehung durch den Richter würde eine zu große Gefahr für Staat und Volks-

---

[1]) z. B. für die Entscheidung, ob die Einziehung noch ausgesprochen werden darf, wenn der Täter auf Grund einer Amnestie straflos bleibt, RGSt. Bd. 53 S. 124; vgl. auch RGSt. Bd. 46, S. 132.

[2]) In dieser Weise unterscheidet jedenfalls die herrschende Lehre, insbesondere das Reichsgericht jenachdem, ob die Einziehung nur dann zulässig ist, wenn der einzuziehende Gegenstand dem Täter oder einem Teilnehmer gehört (Strafe), oder ob sie eine sog. unterschiedslose, ob sie also zulässig ist, gleichviel in wessen Eigentum der Gegenstand sich befindet (polizeiliche Maßnahme).

[3]) Die Gesetze drücken fast durchweg die Tatsache, daß die Einziehung zwingend (obligatorisch) ist, durch die Worte aus: „... die Gegenstände sind einzuziehen", während die nicht zwingende (wahlweise, fakultative) Einziehung mit den Worten angedroht wird; „... die Gegenstände können eingezogen werden."

gemeinschaft bedeuten. Also muß in diesen Fällen die zwingende Einziehung vorgeschrieben sein. Wo andererseits kein solches Interesse vorliegt, mag ruhig der Richter die Notwendigkeit der Einziehung nach den Umständen des Einzelfalles prüfen; der Staat darf, ohne Gefahr zu laufen, die Entscheidung dem richterlichen Ermessen überlassen.

Ferner beweist auch eine Zusammenstellung nach Fällen zwingender und fakultativer Einziehung die Richtigkeit der aufgestellten Behauptung.

A) Die Einziehung ist zwingend vorgeschrieben:

1) Auf dem Gebiete der Verbrechensbekämpfung in folgenden Fällen:

a) Entgegen den Bestimmungen des Gesetzes gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutze der Parteiuniformen vom 20. 12. 1934 hergestellte oder feilgebotene Uniformen, Fahnen, Abzeichen und dergleichen der Partei und ihrer Gliederungen sind einzuziehen (§ 5 Abs. 4 des Gesetzes).

b) In den durch das Gesetz gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen vom 9. 6. 1884 vorgesehenen Fällen ist auf Einziehung der Sprengstoffe usw. zu erkennen (§ 11 des Ges.).

c) Bei strafbarem Inhalt einer Schrift sind alle Exemplare, Platten, Formen unbrauchbar zu machen (§ 41 StGB.).

d) Auf Einziehung falschen Geldes, sowie der Stempel, Platten usw. ist zu erkennen (§ 152 StGB.).

e) Auf Einziehung des Gewehrs, der Jagd- und Fanggeräte im Falle unberechtigten Jagens oder Fischens ist zu erkennen (§§ 295, 296 a StGB.), ferner auf Einziehung der Waffen, welche bei einer Zuwiderhandlung gegen das Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. 4. 1880 in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. 1. 1926 mitgeführt wurden (§ 20 Abs. 1 des Ges.).

f) In Fällen der Bestechung (§§ 331—334 StGB., vgl. auch §§ 134—136 des Branntweinmonopolgesetzes vom 8. 4. 1922 und § 12 des Reichsgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. 6. 1909) ist das Empfangene für verfallen zu erklären (§ 335 StGB., § 137 Branntw.MonG., § 12 Abs. 3 UnlWettbG., s. auch § 93 a Abs. 2 StGB.).[2])

---

[1]) Wenn im folgenden unternommen wurde, die Fälle der Einziehung möglichst erschöpfend aufzuzählen, so rechtfertigt sich das vor allem dadurch, daß gerade der vor dem Konkurse Stehende wegen seiner wirtschaftlichen Notlage sich leichter zu Handlungen verleiten läßt, die ihn mit den Strafgesetzen in Berührung bringen, sodaß Einziehungen gegenüber der Konkursmasse verhältnismäßig häufig sein werden. Dies gilt in verstärktem Maße von der unter 3) zu behandelnden steuerrechtlichen Einziehung, denn auf diesem Gebiete führt finanzielle Bedrängnis besonders leicht zu Uebertretungen.

[2]) Es macht hier sachlich keinen Unterschied, ob das Gesetz von Einziehung, Vernichtung, Unbrauchbarmachung oder Verfallserklärung spricht. Die vier Fälle werden daher gleich behandelt,

g) Zu erwähnen sind endlich noch die Fälle der §§ 284 b, 360 Abs. 2, 367 Abs. 2 StGB., § 20 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen vom 3. 12. 1927 und § 39 Abs. 2 des Feld- und Forstpolizeigesetzes.

2) Auf dem Gebiete des Gesundheitsrechtes in folgenden Fällen:

a) Gesundheitsschädliche Lebensmittel sind einzuziehen oder zu vernichten (§ 14 des Lebensmittelgesetzes vom 5. 7. 1927).

b) Verbotswidrig eingeführte Tiere sind einzuziehen (Viehseuchengesetz vom 26. 6. 1909, § 77).

c) Entgegen den Vorschriften des Weingesetzes hergestellter Wein ist einzuziehen (§ 28 des Weingesetzes vom 25. 7. 1930).

d) Verbotswidrig hergestellter oder eingeführter Absynth ist einzuziehen (§ 23 des Gesetzes über den Verkehr mit Absynth vom 27. 4. 1923).

3) Auf dem Gebiete des Steuerrechts in folgenden Fällen:

a) Waren und Geräte, bezüglich deren eine Steuerhinterziehung stattgefunden hat, unvorschriftsmäßig verpackte Erzeugnisse und falsche Steuerzeichen sind einzuziehen (§§ 401, 405, 406a der Reichsabgabenordnung vom 13. 12. 1919).[1])

b) Bei Hinterziehung der Monopolabgabe ist auf Einziehung des Branntweins zu erkennen, hinsichtlich dessen die Hinterziehung begangen worden ist (Branntw. Mon. G. § 128).

c) Im Handel angetroffene, unversteuerte oder unvorschriftsmäßig verpackte Tabakwaren sind einzuziehen (§ 80 des Tabaksteuergesetzes vom 12. 9. 1919).

d) Ohne Erlaubnis hergestellter Süßstoff ist einzuziehen (Süßstoffgesetz vom 14. 7. 1926, § 10).

e) Verheimlichte, verbotswidrig nicht angegebene Devisen sind einzuziehen (§ 5 der Notverordnung des Reichspräsidenten gegen Kapital- und Steuerflucht vom 18. 7. 1931, § 18 der Verordnung des Reichspräsidenten über Devisenbewirtschaftung vom 1. 8 1931).

4) Auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes in folgenden Fällen:

a) Nach § 42 des Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst vom 19. 6. 1901 sind widerrechtlich hergestellte Exemplare, Druckplatten usw. zu vernichten.

b) Nach § 19 des Gesetzes zum Schutze der Warenzeichen in der Fassung vom 7. 12. 1923 ist im Falle widerrechtlicher Ausstattung einer Ware mit einem fremden Warenzeichen (§ 14 des Gesetzes) oder falscher Herkunftsbezeichnung (§ 16) auf Beseitigung oder Vernichtung der Waren zu erkennen.

---

[1]) Die Einziehungsvorschriften der RAO gelten ferner für Hinterziehungen im Bereiche des Spielkartengesetzes, Leuchtmittelsteuergesetzes und Zündwarensteuergesetzes, sämtlich vom 9. 7. 1923, des Mineralölsteuergesetzes vom 15. 4. 1930, des Zuckersteuergesetzes vom 4. 6. 1930, des Salzsteuergesetzes vom 22. 6. 1932, des Schlachtsteuergesetzes vom 24. 3. 1934 und der Verordnung über Erhebung einer Ausgleichsabgabe auf Fett vom 13. 4. 1933.

5) Auf dem Gebiete des Maß- und Gewichtswesens sind nach § 22 Abs. 2 der Maß- und Gewichtsordnung vom 30. 5. 1908 und nach § 5 des Gesetzes betreffend die Bezeichnung des Raumgehalts der Schankgefäße vom 20. 7. 1881 in der Fassung des Gesetzes vom 24. 7. 1909 und 14. 8. 1933 vorschriftswidrige Maße, Gewichte und Schankgefäße einzuziehen.

Bezeichnet nun die Tatsache, daß die Einziehung zwingend vorgeschrieben ist, in allen diesen Fällen wirklich ein dringendes öffentliches Interesse an der Einziehung? Diese Frage ist unbedenklich zu bejahen. Daß in den Fällen aus dem Gesundheitsrecht ein solches Interesse besteht, wird niemand bestreiten können. Dasselbe aber gilt für die Fälle aus dem Steuerrecht, denn die Einziehung dient hier der Sicherung der Steuer- und Zolleinnahmen, von denen der Staat lebt und die für seine Erhaltung und die Durchführung seiner Aufgaben unerläßlich sind. Nicht anders ist es schließlich mit den aufgeführten Fällen der strafrechtlichen Einziehung. Hier bedeutet der Verbleib der einzuziehenden Gegenstände in der Oeffentlichkeit eine besondere Gefahr, die z. B. bei den Preß- und Münzdelikten und den Vergehen gegen die Maß- und Gewichtsordnung den Bestand der öffentlichen Ordnung und die Rechtssicherheit, bei Sprengstoff- und Jagdvergehen das Leben und die Gesundheit einzelner oder gar einer Vielzahl von Volksgenossen bedroht.

Da überdies durchaus nicht jede in Verbindung mit einer Straftat stehende Einziehung zwingend vorgeschrieben ist, so läßt sich die Beziehung zwischen der Art der angedrohten Einziehung und dem Maß des öffentlichen Interesses auch noch durch das folgende Beispiel aus dem Lebensmittelgesetz belegen: An der Einziehung verdorbener Lebensmittel besteht, da sie gesundheitsschädlich sind, ein dringendes öffentliches Interesse. Die Einziehung ist also in diesem Falle vom Gesetz zwingend angeordnet. Dieses Interesse fehlt aber, wenn es sich nur um die Einziehung irreführend verpackter Lebensmittel handelt; denn hier drohen keine erheblichen Gefahren. Die Einziehung ist demnach in diesem Falle fakultativ, § 14 des Gesetzes. Aehnliches zeigt ein Vergleich des Sprengstoffgesetzes mit dem Gesetz über Schußwaffen und Munition vom 12. 4. 1928. Während die Einziehung der Sprengstoffe zwingend ist, steht sie wegen der minderen Gefährlichkeit gewöhnlicher Munition und von Schußwaffen im Ermessen des Gerichts. Heranzuziehen ist hier endlich noch § 20 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen, wo bezüglich der gefährlicheren Funkanlagen die Einziehung obligatorisch, hinsichtlich der übrigen Telefonanlagen wahlweise vorgeschrieben ist.[1])

Es wurde dargelegt daß die Tatsache der zwingenden Anordnung zugleich ein dringendes öffentliches Interesse an der Einziehung zum Ausdruck bringt. Die Frage der Zulässigkeit gegenüber der Konkursmasse ist deshalb zu bejahen. Die Rechte der Konkursgläubiger müssen wie bei der Enteignung hinter dem öffentlichen Interesse zurückstehen.

[1]) Vgl. dazu auch noch § 20 Abs. 1 mit § 20 Abs. 2 des Feld- und Forstpolizeigesetzes.

Mit diesem Ergebnis stimmt die herrschende Lehre im allgemeinen überein. Die Verfallserklärung in den Fällen der Bestechung[1]) wird freilich mehrfach als reine Geldstrafe angesehen und deshalb gemäß § 63 Zf. 3 KO gegenüber der Konkursmasse nicht für zulässig gehalten.[2]) Dem ist jedoch nicht zu folgen. Zunächst ist nicht erforderlich, daß der Bestochene gerade Geld erhalten hat. Andere Sachen, wie z. B. Wertgegenstände oder Lebensmittel, sind in der gleichen Weise geeignet, zu einer Bestechung verwendet zu werden. Soweit es sich um die Einziehung dieser vom Bestochenen empfangenen Gegenstände selbst handelt,[3]) kann man dann von einer Geldstrafe sicherlich nicht reden. Ist aber einmal Geld zum Zwecke der Bestechung hingegeben worden, und soll dieses Geld[3]) eingezogen werden, so ist m. E. diese zufällige Gestaltung des Tatbestandes nicht geeignet, der Einziehung den Charakter einer Geldstrafe zu geben. Die Einziehung im Falle der Bestechung ist folglich der Masse gegenüber ebenfalls zulässig. Diese Entscheidung dürfte auch dem Rechtsgefühl mehr entsprechen, denn es besteht keine Veranlassung die mit dem Makel unsittlichen oder strafbaren Erwerbs behafteten Werte den Konkursgläubigern zur Verfügung zu stellen.

Mit der vorgeschlagenen Entscheidung stimmen ferner auch Kohler und Mothes überein, die die Einziehung nur dann zulassen, wenn sie polizeiliche Vorbeugungsmaßnahme ist.[4]) Diese Uebereinstimmung ist kein Zufall, denn um sich besser zu sichern, hat der Staat in den Fällen, wo er ein dringendes Interesse an der Einziehung hatte, diese meist „unterschiedslos" angeordnet. Nur in einem Falle weichen Kohler und Mothes von der hier vertretenen Ansicht ab: Die Einziehung nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ist lediglich dem Eigentümer gegenüber zulässig, sie ist also Strafe. Im Hinblick auf diesen Strafcharakter soll sie den Konkursgläubigern gegenüber unzulässig sein. Diese Ansicht hätte zur Folge, daß der Konkursverwalter die widerrechtlich hergestellten Exemplare usw. verwerten dürfte. Ein unmögliches Ergebnis![5])

Erwähnt werden mag noch die Einschränkung, die von einigen Seiten bei der Einziehung von Jagdgeräten nach § 295 StGB. gemacht wird.[6]) Die Einziehung soll unstatthaft sein, wenn das ein-

[1]) Vgl. oben Seite 9 unter 1 f.

[2]) Endemann § 75 III, Oetker, Grundbegriffe S. 163, Petersen-Kleinfeller § 63 Anm. 5.

[3]) Daß es sich um die Einziehung des Erhaltenen selbst handelt, muß betont werden, denn anders ist zu entscheiden, wenn anstelle des Erhaltenen dessen Wert eingezogen werden soll. Näheres siehe unten Seite 13.

verwerten dürften? Ein unmögliches Ergebnis![5])

[4]) Vgl. oben Seite 7 unter 3).

[5]) Dieses Ergebnis nehmen aber offenbar auch von v. Sarvey-Boßert und Schüll in Kauf, denn sie lassen die Einziehung ganz allgemein der Masse gegenüber zu (vgl. oben S. 7 unter 2).

[6]) Löwe-Rosenberg, § 111 Anm. 9, Olshausen § 295 Anm. 4, Reichsgericht RGSt. Bd. 18 S. 44; vgl. auch den Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1925 § 331.

zuziehende Gerät dem Jagdberechtigten gehört und vom Jagdfrevler unbefugt benutzt wurde. Die Berechtigung dieser Ausnahme kann jedoch nicht anerkannt werden. Wenn zur Begründung § 111 StPO. herangezogen wird, so ist dem entgegen zu halten, daß diese Vorschrift nur eine vorläufige Regelung treffen will und kann. Die Rechte Dritter an den darin bezeichneten Gegenständen werden durch sie nicht berührt. Sie kann daher auch das Recht des Staates auf Einziehung nicht beseitigen. Es ist ferner nicht zutreffend, daß § 295 StGB. nur den Jagdberechtigten schützen wolle und daher nie die Grundlage zu einer sich gegen den Jagdberechtigten kehrenden Einziehung bilden könne. Das Gesetz geht von der Gefährlichkeit des Wilderers überhaupt, nicht nur für den im Einzelfall geschädigten Jagdberechtigten aus. Die Einziehung ist also schlechthin zulässig, und nicht nur gegenüber dem Eigentümer der Jagdgeräte[1]), sondern auch gegenüber seinen Konkursgläubigern.

Als Ergebnis ist also bisher festzuhalten, daß die Einziehung, soweit sie zwingend ist, durch die Konkurseröffnung über das Vermögen, zu dem der einzuziehende Gegenstand gehört, ganz allgemein nicht gehindert wird. Mit der Rechtskraft des Einziehungsurteils entsteht ein Aussonderungsrecht des Fiskus.

Ist jedoch der einzuziehende Gegenstand nicht mehr in der Konkursmasse und ist für diesen Fall im Gesetz Wertersatz vorgeschrieben,[2]) so wird man diesen Anspruch des Staates auf Wertersatz als einen Anspruch auf Geldstrafe anzusehen haben und ihn im Einklang mit der herrschenden Lehre gemäß § 63 Ziffer 3 KO vom Konkurse ausschließen müssen.[3]) Die Einziehung des Wertes bezweckt nämlich nur, dem Täter die Vermögenswerte wieder zu entziehen, die er sich durch die Tat verschafft hat, und in deren Genuß er auch nach verbüßter Freiheitsstrafe nicht kommen soll. Es handelt sich also lediglich um eine das Vermögen treffende Nebenstrafe, und eine solche Strafe ist Geldstrafe oder zum mindesten der Geldstrafe gleichzusetzen. Dieses Ergebnis erscheint auch recht und billig. Man kann hier nicht, wie oben Seite 12, anführen, die Konkursgläubiger hätten keinen Anspruch auf solche Vermögensstücke des Gemeinschuldners, die mit dem Makel strafbaren Erwerbs behaftet seien. Denn diese unmittelbare Beziehung zwischen der Straftat und dem einzuziehenden Gegenstand besteht dann nicht mehr, wenn nicht der Gegenstand selbst, sondern sein Wert eingezogen werden soll.[4]).

---

[1]) Reichsgericht, RGSt. Band 46 Seite 137.

[2]) Z. B. nach RAO § 401, UnlWettb Ges. § 12, Absatz 3, StGB. §§ 93a Absatz 2, 335.

[3]) Jaeger, § 63 Anm. 4, Oetker I Seite 163, Endemann Seite 499.

[4]) Als Parallelfall mag herangezogen werden, daß derjenige keine Hehlerei begeht, der den Erlös einer gestohlenen Sache an sich bringt (RGSt. Bd. 57, S. 159, Frank § 259 II 3). Auch hier steht das erhaltene Geld nicht mehr in unmittelbarer Beziehung zu der strafbaren Handlung.

B) Fakultative Einziehung ist in folgenden Fällen vorgeschrieben:

1) Gegenstände, welche durch ein vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen hervorgebracht[1]) oder welche zur Begehung eines solchen gebraucht oder bestimmt sind,[2]) können eingezogen werden, § 40 StGB.

2) Eingezogen werden können ferner:

a) Gegenstände, welche durch eine gegen das Reichsnaturschutzgesetz verstossende Handlung erlangt sind, § 22 des Gesetzes;

b) Gegenstände, bezüglich derer gegen die Vorschriften des Gesetzes über den Verkehr mit Edelmetallen, Edelsteinen und Perlen vom 29. 6. 1926 (§ 3, Abs. 3) oder des Gesetzes über den Verkehr mit unedlen Metallen vom 23. 6. 1926 (§ 16 Abs. 3) verstoßen wurde;

c) Gegenstände, hinsichtlich derer ein Verstoß vorliegt gegen die §§ 86a, 93a StGB, gegen die Vorschriften des Gesetzes über den Verkehr mit Betäubungsmitteln vom 10. 12. 1929 (sog. Opiumgesetz, § 10, Abs. 4), des Milchgesetzes vom 31. 7. 1930, des Schußwaffengesetzes vom 12. 4. 1928 (§ 25 Abs. 2), des Gegesetz, § 10, Abs. 5), des Milchgesetzes vom 31. 7. 1930, des Fischereigesetzes vom 11. 5. 1916 (§ 128 Abs. 2), des Reichsgesetzes betreffend den Schutz von Vögeln vom 22. 3. 1888 (§ 7), des Gesetzes über Fernmeldeanlagen vom 3. 12. 1927 (§ 20), des Tierschutzgesetzes vom 24. 11. 1933 (§ 10), des Reichsjagdgesetzes vom 18. 1. 1934 (§ 77 Abs. 2, 80 Abs. 2) und des preußischen Feld- und Forstpolizeigesetzes (§ 20 Abs. 2, 29 Abs. 2, 32 Abs. 2, 36 Abs 2 ).

Auch diese Zusammenstellung der Fälle wahlweiser Einziehung zeigt wieder die Richtigkeit der oben (Seite 8) aufgestellten Behauptung, daß zwischen der Tatsache, ob die Einziehung zwingend oder fakultativ ist, und dem Maß des an der Einziehung bestehenden öffentlichen Interesses eine Beziehung besteht. Wenn der Umstand, daß die Einziehung obligatorisch ist, zugleich andeutet, daß ein dringendes öffentliches Interesse an der Durchführung dieser Einziehung obwaltet, so fehlt es in den soeben aufgeführten Fällen der wahlweisen Einziehung an einem solchen Interesse ganz. Von den einzuziehenden Gegenständen her drohen hier keine erheblichen Gefahren für die Oeffentlichkeit. Lediglich hinsichtlich der Be-

---

[1]) Das sind nur die unmittelbar durch das Verbrechen hervorgebrachten Gegenstände, die „scelere producta" im Gegensatz zu den „fructus sceleris", den durch die Tat erlangten Gegenständen.

[2]) Die sog. „instrumenta sceleris"; sie müssen zur Vollendung oder zum strafbaren Versuch eines Deliktes gebraucht sein (Vorbereitungshandlungen genügen nicht, Reichsgericht RGSt. Bd 49, S. 208, Bd. 55, S. 47, Bd. 59 S. 250) und sind nicht zu verwechseln mit Gegenständen, an denen eine strafbare Handlung verübt worden ist (z. B. gestohlene Sachen, geschmuggelte Waren, RGSt. Bd. 21, S. 131, Bd. 48, S. 33, verheimlichte Waffen, RGSt. Bd. 56, S. 224, Bd. 57, S. 331).

täubungsmittel könne diese Behauptung zweifelhaft sein. Es ist jedoch zu beachten, daß es sich hier nicht um absolut schädliche Stoffe handelt, wie es z.B. der oben(S. 10) erwähnte Absynth ist, sondern daß die durch das Opiumgesetz bezeichneten Stoffe bei vernünftiger Verwendung unentbehrliche medizinische Mittel darstellen. Zudem wird der gesamte Verkehr in diesen Stoffen durch das Reichsgesundheitsamt und die Landeszentralbehörden ständig überwacht (§§ 2 ff d. Ges.), sodaß auch hier tatsächlich kein derart überwiegendes öffentliches Interesse besteht, wie in den anderen Fällen der Einziehung aus gesundheitspolizeilichen Rücksichten.

Zum überwiegenden Teile hat die Einziehung hier nur den Zweck, dem Täter den Besitz an den Gegenständen zu entziehen, die er durch seine Straftat erlangt hat, und in deren Genuß er aus rechtspolitischen Gründen nicht bleiben soll. Im Falle der Einziehung gemäß § 40 StGB. sollen dem Täter solche Gegenstände genommen werden, die mit einem Delikt in Verbindung stehen, und die ihn unter Umständen zu weiteren strafbaren Handlungen verleiten könnten. Endlich hat die Einziehung nach dem Opiumgesetz, Schußwaffengesetz, Edelmetallgesetz und Unedelmetallgesetz den Zweck, den unkontrollierbaren Verkehr mit den in diesen Gesetzen genannten Gegenständen, der im Interesse der Verbrechensbekämpfung unerwünscht ist, zu unterbinden.

Es liegt auf der Hand, daß diese Ziele der fakultativen Einziehung durch die Verwertung der an sich einzuziehenden Gegenstände im Konkurse des Täters erfüllt werden: Der Täter verliert den Besitz an den betreffenden Sachen und der Konkursverwalter veräußert sie — was in aller Regel anzunehmen sein wird — in den gesetzlichen Formen, sodaß der Staat die Kontrolle über die Veräußerung behält. Daraus folgt, daß diese Einziehung gegenüber der Konkursmasse ihren eigentlichen Sinn verloren hat. Da man aber nicht davon ausgehen darf, daß das Interesse des Fiskus an dem Geldwert der Einziehungsgegenstände die Frage entscheidet, so muß demnach der Einziehungsanspruch des Staates hier hinter dem Interesse der Konkursgläubiger an der restlosen Verwertung der Masse zurückstehen; die Konkursgläubiger haben ein Recht auf Befriedigung aus den der fakultativen Einziehung unterliegenden Sachen.[1])[2])

---

[1]) Menzinger — KritVS Bd. 35, S. 104 — vermeidet freilich eine Entscheidung dieser Rechtsfrage, da er annimmt, die Interessen der Konkursgläubger würden schon dadurch ausreichend gewahrt, daß die Einziehung hier in dem pflichtgemäßen richterlichen Ermessen stehe. Dem ist aber entgegen zu halten, daß es nicht so sehr darauf ankommt, ob der Richter auf die Konkursgläubiger Rücksicht nehmen kann, sondern darau ob er muß, m. a. W. ob den Konkursgläubigern ein Rechtsanspruch auf Befriedigung aus den an sich der Einziehung unterliegenden Gegenständen zusteht.

[2]) Die Frage der prozessualen Durchführung dieses Rechtes kann hier nicht näher behandelt werden. Wenn ge-

Auch hier soll zum Schluß noch ein Blick auf die Ergebnisse der übrigen Lehrmeinungen geworfen werden.

Daß die herrschende Lehre, die ganz allgemein die Einziehung auch den Konkursgläubigern gegenüber zuläßt, mit dem Rechtsgefühl im Widerspruch steht, hat schon Schüll[1]) überzeugend nachgewiesen. Sie läßt hier in einer durch die Sachlage nicht gerechtfertigten Weise die wohlbegründeten Interessen der Konkursgläubiger unberücksichtigt.

Gegenüber der von Kohler und Mothes verfochtenen Ansicht[2]) geht die hier vertretene insofern weiter, als hier die Einziehung auch in den Fällen für unzulässig erklärt wird, wo sie zwar fakultativ, aber doch unterschiedslos angedroht wird. Nach den Genannten ist sie in diesem Falle polizeiliche Vorbeugungsmaßnahme und folglich der Masse gegenüber zulässig.[3]) Für diese Einschränkung fehlt es jedoch an einem inneren Grunde. Gerade in den Fällen der unterschiedslosen, aber nicht zwingenden Einziehung lassen sich ohne Gefährdung öffentlicher Interessen oft erhebliche Summen für die Konkursmasse retten, wenn man diese Einziehung für unzulässig erklärt.

## § 4.

### Beschlagnahme.

Ein weiterer staatlicher Eingriff in den Rechtsbereich des Einzelnen ist die Beschlagnahme. Auch hier entsteht die Frage, ob die Beschlagnahme einer zur Konkursmasse gehörigen Sache noch nach Konkurseröffnung zulässig ist.

Wie die Einziehung, so tritt auch die Beschlagnahme in ganz verschiedenen Arten und mit verschiedenem Zweck auf. Sehr häufig ist die Beschlagnahme in den Steuergesetzen angedroht.[4]) Hier soll sie die Durchführung der Besteuerung sichern,[5]) und es ist daher in diesen Gesetzen ausdrücklich bestimmt, daß die steuer- und zollpflichtigen Waren ohne Rücksicht auf die Rechte Dritter für den Betrag der auf ihnen ruhenden Steuern oder Zölle haften. In diesen Fällen kann also die Beschlagnahme kraft positiver gesetzlicher Vorschrift trotz der §§ 14, 15 KO auch noch während des Konkurses mit voller Wirksamkeit gegenüber den Konkurs-

---

mäß § 463 StPO. die Einziehung nach der Zivilprozeßordnung vollstreckt wird, so dürfte für den Konkursverwalter hier die Interventionsklage gemäß § 771 ZPO. möglich sein.

[1]) a. a. O. Seite 41 ff.

[2]) Vgl. oben Seite 7.

[3]) Das ist der Fall nach dem Opiumgesetz, Edelmetallgesetz, Schußwaffengesetz, Waffengebrauchsgesetz, Naturschutzgesetz, Fischereigesetz, Vogelschutzgesetz, Milchgesetz, Jagd-, Feld- und Forstpolizeigesetz, StGB. §§ 86a, 93a.

[4]) z. B. RAO §§ 121, 430 ff, Vereinszollgesetz § 14, Branntweinmonopolgesetz § 110.

[5]) vgl. Begründung des Entwurfs einer Reichsabgabenordnung (Drucksachen Nr. 759 der Nationalversammlung 1919) zu § 101.

gläubigern erfolgen.[1]) Sie begründet ein Absonderungsrecht des Fiskus (§ 49 Ziffer 1 KO) mit dem Vorrecht vor allen anderen Absonderungsansprüchen (Abs. 2 das).

Die Beschlagnahme kann ferner zur Sicherung des Beweises und zur Einziehung erfolgen (§ 94 StPO.). Zur Sicherung des Beweises ist die Beschlagnahme auch den Konkursgläubigern gegenüber stets zulässig, denn einmal besteht hier ein dringendes strafrechtliches Interesse an der Beschlagnahme, ferner erfolgt durch sie irgendein endgültiger Eingriff in den Bestand der Masse nicht. Die Beschlagnahme von Gegenständen, die der Einziehung unterliegen, kann dagegen als zulässig nur angesehen werden, wenn die Einziehung selbst erlaubt ist, denn die Beschlagnahme zur Sicherung einer unzulässigen Einziehung ist sinnlos. Es kann hier also auf das oben zu § 3 Ausgeführte verwiesen werden.

Ein weiterer Fall ist die Beschlagnahme einzelner Vermögensstücke zur Deckung von Geldstrafen und Kosten (§ 283 StPO.). Soweit diese Beschlagnahme die Geldstrafe für den Staat sicherstellen soll, ist sie schon wegen § 63 Zf. 3 KO für unzulässig zu halten, denn wenn Geldstrafen im Konkurse nicht geltendgemacht werden können, so dürfen zur Sicherung dafür auch keine zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände beschlagnahmt werden. Ganz allgemein ist aber für den Fall der Beschlagnahme gemäß § 283 StPO. bestimmt, daß darauf die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Vollziehung und Wirkung des dinglichen Arrestes entsprechende Anwendung finden (§ 283 Satz 2 St.P.O., §§ 928—932 in Verbindung mit §§ 803 ff ZPO.). Dadurch ist die Beschlagnahme hier einem zivilrechtlichen Vollstreckungsakt gleichgestellt und folglich ebenso wie ein solcher im Konkurse unzulässig (§ 14 KO).[2])

Endlich ist noch der Fall der Beschlagnahme des gesamten Vermögens gemäß §§ 284, 290 ff, 433 StPO. in Verbindung mit §§ 86, 93 StGB. zu erwähnen. Soweit diese Beschlagnahme nur ein Zwangsgestellungsmittel ist, werden die Rechte der Konkursgläubiger materiell nicht beeinträchtigt.[3]) Ganz allgemein ergreift aber diese Art der Beschlagnahme auch nur das Vermögen nach Abzug der Schulden.[4]) Es gilt also das oben (S. 6) hinsichtlich der Vermögenseinziehung Gesagte.

## § 5.

### Verfall einer Sicherheit.

Ein letzter Fall der Minderung aus dem öffentlichen Recht ist folgender: Ein Angeklagter ist gegen Sicherheitsleistung gemäß § 117 StPO. mit der Untersuchungshaft verschont worden. Ueber sein Vermögen wird der Konkurs eröffnet, und er flüchtet nunmehr, sodaß die Sicherheit gemäß § 122 StPO. verfällt. Hier

---

[1]) Jaeger, § 49 Anm. 2.
[2]) Im Ergebnis übereinstimmend Meyer-Bleyer, § 63 Anm. 4.
[3]) Mothes, Seite 79, Petersen-Kleinfeller, § 49, Anm. 28
[4]) Jaeger, § 63, Anm. 4.

haben die Konkursgläubiger keinen Anspruch auf die hinterlegte Sicherheit, obwohl sie ursprünglich zur Masse gehörte, denn der Staat hatte bis zur Flucht des Gemeinschuldners bereits bedingtes Eigentum an der Sicherheit, das sich nunmehr ohne weiteres und ungehindert durch § 15 KO in unbedingtes Eigentum verwandelte.[1])

## II. Fälle der Minderung aus dem privaten Recht.

### § 6.

### Minderungen auf Grund zwingender sachenrechtlicher Normen.

Auch auf dem Gebiete des Privatrechts gibt es eine Anzahl von Fällen, in denen der Grundsatz der Erhaltung der Konkursmasse in ihrem Bestande für die Gläubiger durchbrochen wird.

Solche Fälle sind zunächst dann gegeben, wenn Gegenstände auf Grund zwingender sachenrechtlicher Normen der Konkursmasse entzogen werden. Normen dieser Art sind einmal die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches über Verbindung, Vermischung, Verarbeitung (§§ 946—951), die die Klarstellung der dinglichen Rechtslage zum Zweck haben. Wenn z. B. ein Grundstückseigentümer eine zur Konkursmasse gehörige bewegliche Sache mit seinem Grundstück derartig verbindet, daß sie wesentlicher Bestandteil (§ 93 BGB.) des letzteren wird, (z. B. durch Einsäen, Einpflanzen, Einbauen) so findet § 946 BGB. ebenso Anwendung, wie wenn der Konkurs nicht bestände. Das Eigentum an der beweglichen Sache geht also auf den Grundstückseigner über, ohne daß § 15 KO diesen Eigentumsübergang verhindern könnte. Gemäß § 93 BGB. können nämlich an wesentlichen Bestandteilen einer Sache Sonderrechte nicht bestehen. Damit drückt das Gesetz zugleich aus, daß es für unser Recht begrifflich undenkbar ist, wenn ein wesentlicher Bestandteil einer Sache einem anderen Eigentümer gehört als der Rest. Auch die Konkursordnung kann eine solche Spaltung des dinglichen Rechtes nicht herbeiführen.[2]) Gleichzeitig mit dem Eigentum des Gemeinschuldners erlischt aber auch die Zugehörigkeit des zum wesentlichen Bestandteil gewordenen Gegenstandes zur Konkursmasse. Es braucht hier keine Stellung zu dem Streit genommen zu werden, ob durch die Konkurseröffnung ein dingliches Recht der Gläubiger an den Massegegenständen entsteht,[3]) oder ob nur eine sog. Konkursverfangen-

---

[1]) Jaeger, § 15 Anm. 11, § 49 Anm. 8. Näheres über bedingte Rechte an der Konkursmasse siehe unten § 9, 2.

[2]) Jaeger, § 15 Anm. 11, Oetker, ZZP Bd. 25 S. 26, Wolff § 15 Anm. 7, Wilmowski-Kurlbaum, § 15 Anm. 11, Mentzel § 15 Anm. 6, Meyer-Bleyer § 15 4c.

[3]) Diese sog. Pfand- oder Beschlagsrechtslehre wird hauptsächlich von Kohler vertreten (Lehrbuch §§ 22 ff, Leitfaden § 11 S. 19, ArchZivPr. Bd. 81 S. 329, KritVS. Bd. 22 S. 383). Sie wird ferner vertreten von Hellmann S. 624 ff, Seuffert, Konkursprozeßrecht § 25 S. 151, Geschichte und Dogmatik I S. 81, 177 f,

schaft zu Gunsten der Gläubiger eintritt.[1]) Selbst wenn man von dem stärkeren, dem dinglichen Beschlagsrecht der Gläubiger ausgeht, so würde dieses doch gemäß § 949 BGB. erlöschen, denn diese Vorschrift bestimmt, daß mit dem Eigentum an dem verbundenen, vermischten oder verarbeiteten Gegenstand auch alle sonstigen dinglichen Rechte daran untergehen. Was von dem Beschlagsrecht gilt, ist aber erst recht von der nicht einmal mit dinglicher Wirkung ausgestatteten Konkursverfangenschaft anzunehmen.

Im Falle der Verarbeitung ist jedoch noch zu beachten, daß nach der nunmehr zur Herrschaft gelangten Ansicht § 950 BGB. abdingbar ist. Wenn z. B. der spätere Gemeinschuldner als Lieferant von Rohstoffen mit einem Fabrikanten vereinbart hatte, daß dieser die Fertigwaren für den Lieferanten spezifizieren solle, so ist eine solche Vereinbarung gültig.[2]) Der Fabrikant erwirbt dann das Eigentum an den Fertigwaren sogleich für den Lieferanten, und die Waren fallen an Stelle der Rohstoffe in die Masse.

Der Verlust, den die Konkursmasse auf Grund der §§ 946 ff BGB. erleiden kann, wird allerdings oft dadurch verkleinert oder ganz aufgehoben, daß § 951 BGB. der Masse eine Entschädigung in Geld gewährt. Da aber diese Entschädigung — vorbehaltlich § 951 Abs. 2 — nur nach den Grundsätzen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff BGB.) gefordert werden kann, so wird dennoch nicht selten eine erhebliche Minderung der Masse übrigbleiben.

Daß durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung die Konkursmasse gemindert wird, gilt trotz § 7 KO auch dann, wenn der Gemeinschuldner selbst Gegenstände aus der Konkursmasse mit anderen, konkursfreien untrennbar verbunden, oder wenn er aus Stoffen der Masse eine neue Sache hergestellt hat.[3]) Im letzteren Falle erwirbt er z. B. konkursfreies Eigentum an der neuen

---

Krückmann ArchBürgR. Bd. 8 S. 148, v. Canstein Grünh. Bd. 9 S. 466 ff, 481 f, Kunick S. 1f et partim und anderen.

[1]) Gegen die Beschlagsrechtslehre haben sich u. a. ausgesprochen: Petersen-Kleinfeller § 3 Anm 2, Fitting § 5 Anm. 17, Endemann S. 54, 413, Oetker I S. 128 ff, Pasquay, Die Rechtsstellung der Gläubigerversammlung im Konkurs und ihre Befugnisse, ZHR Bd. 65 S. 407 ff, Jaeger § 3 Anm. 48 m. weiteren Verweisungen, insbesondere das Reichsgericht, RGZ Bd. 46 S. 167, LZ 1911 Sp. 845; vgl. auch Celle, OLG Bd. 9 S. 379.

[2]) Vgl. Reichsgericht, RGZ Bd. 138 S. 88, Wolff, Sachenrecht, § 73 Anm. 5, RGRK § 950 Anm. 2. Anderer Ansicht noch Planck, § 950 1c.

[3]) An sich würde § 7 KO, da der Begriff der „Rechtshandlungen" weit auszulegen ist — vgl. auch unten S. 46/47 — auch auf die Verbindung usw. Anwendung finden, obwohl sie eigentlich weder als Rechtsgeschäft noch als Rechtshandlung im juristisch-technischen Sinne anzusehen ist (Staudinger § 946 Anm. 3, § 948 Anm. 1f, § 950 Anm. 5, Planck § 950 Anm. 1c, Wolff Sachenrecht, § 73 III.).

Sache; ebensowenig wie § 15 KO die Minderung der Masse verhinderte, vermag es § 7 KO gegenüber diesen zwingenden Vorschriften des Sachenrechts.[1])

Ein ähnlicher Fall der Minderung auf Grund zwingender sachenrechtlicher Normen liegt vor, wenn ein Bienenschwarm, der zur Konkursmasse gehörte, auszieht und sich in einer fremden besetzten Bienenwohnung niederläßt. Hier scheidet der Schwarm aus der Masse aus und geht in das Eigentum desjenigen über, dem der Bienenstock gehört (§ 964 BGB.). Es handelt sich um nichts anderes als um einen besonders geregelten Fall der untrennbaren Vermischung (§ 948 BGB.). Daher kann zur näheren Begründung auf das oben S. 18 f Gesagte verwiesen werden.

In derselben Weise, wie das Eigentum eines Dritten sich gemäß §§ 946 ff BGB. auf Gegenstände aus der Konkursmasse erstrecken kann, erweitert sich auch das Pfandrecht eines Dritten an einer konkursverfangenen Sache, wenn wesentliche Bestandteile aus der Masse zu ihr hinzukommen. Das gilt insbesondere auch von den Grundpfandrechten. Zur Erläuterung diene folgendes Beispiel: Ein Massegrundstück ist hypothekarisch belastet. Wird nun Baumaterial, das ebenfalls zur Masse gehört, zum Bau oder zur Fertigstellung eines Hauses auf diesem Grundstück verwendet, so erstreckt sich die Hypothek auch auf die eingebauten Gegenstände. Diese Gegenstände dienen also, wie das gesamte Grundstück, dem Hypothekar zur abgesonderten Befriedigung gemäß § 47 KO. Folglich vermindert sich die zur gleichen anteilsmäßigen Befriedigung der Konkursgläubiger bestimmte Masse um den Wert des Baumaterials.

Bei den Grundpfandrechten erstreckt sich die Haftung aber nicht nur auf hinzukommende wesentliche Bestandteile. Weitergehend werden auch die gewöhnlichen Bestandteile, das Zubehör — soweit dieses in das Eigentum des Gemeinschuldners gelangt — und sogar die Miet- und Pachtzinsforderungen in gewissen zeitlichen Grenzen von der Pfandhaftung ergriffen (§§ 1120, 1123 BGB.). Das gilt auch dann, wenn die Gegenstände aus der Konkursmasse stammen und erst nach Konkurseröffnung die Eigenschaft eines Bestandteils oder Zubehörstückes erhalten haben, oder wenn die Forderungen erst nach der Eröffnung des Verfahrens begründet worden sind. Wieder soll zur Erläuterung ein Beispiel angeführt werden: Zur Masse gehört ein Druckereigebäude, auf dem eine Hypothek ruht. Der spätere Gemeinschuldner hat eine neue Maschine auf Abzahlung und unter Eigentumsvorbehalt gekauft, aber vor Konkurseröffnung noch nicht voll bezahlt. Die Maschine ist zwar Zubehör der Druckerei,[2]) aber sie wird von der hypothekarischen Haftung nicht ergriffen, da sie nicht Eigentum des Gemeinschuldners ist (§ 1120 BGB.). Nun leistet der Konkursverwalter die restlichen Ratenzahlungen. Dadurch erwirbt der Gemeinschuldner das Eigentum an der Maschine. Gleichzeitig aber erstreckt sich die Hypothek darauf, und der Hypothekar kann sich im Wege der Zwangsversteigerung des Grundstücks auch aus der Maschine

---

[1]) Jaeger § 15 Anm. 11.
[2]) Reichsgericht, JW 1916 S. 321.

abgesondert befriedigen.[1]) § 15 KO kann diese Erweiterungen des Pfandrechts zum Nachteil der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger nicht verhindern, denn die Haftung der Bestandteile, des Zubehörs und der Miet- und Pachtzinsforderungen ist rechtsnotwendiger Inhalt des Grundpfandrechts[2]). Auch hier würde eine unzulässige und begrifflich undenkbare Aufspaltung des dinglichen Rechts (vgl. oben S. 19) erfolgen, wenn man die Bestandteile usw. zu Gunsten der Konkursgläubiger von der Pfandhaftung ausnehmen würde. Es ist daher auch zulässig, daß ein Hypothekengläubiger im Wege der Zwangsverwaltung die Beschlagnahme der Mietzinsforderungen eines zur Masse gehörigen Hauses für den laufenden und folgenden Kalendermonat erwirkt (§ 1124 BGB.).[3]) § 14 KO steht hier nicht entgegen, denn nach § 4 Abs. 2 KO finden die Vollstreckungsbeschränkungen der Konkursordnung auf Absonderungsansprüche keine Anwendung.

Einer Erhöhung des für eine Hypothek eingetragenen Zinsfußes, selbst wenn sie in den Grenzen der §§ 1119 Abs. 1, 1264 Abs. 2 BGB. erfolgt, stehen dagegen die §§ 7,15 KO im Wege.[4]) Eine solche Erhöhung des Zinsfußes bedeutet eine Aenderung des gesicherten Anspruches. In den bisher erörterten Fällen handelt es sich nicht um Anspruchsänderung, sondern um eine kraft Gesetzes eintretende Aenderung des Haftungskreises für den unveränderten Anspruch. Zu der Aenderung des Zinsfußes ist ferner eine Einigung zwischen Hypothekar und Grundstückseigentümer (§§ 877, 873 BGB.) und eine Eintragungsbewilligung des Eigentümers erforderlich;[5]) nach Konkurseröffnung ist der Eigentümer aber weder zur Abgabe der Einigungserklärung noch zur Erteilung der Bewilligung befugt (§§ 6,7 KO.).

## § 7.

### Minderungen infolge gutgläubigen Erwerbs.

Minderungen der Konkursmasse treten ferner ein auf Grund der Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens.

I. Die Konkursordnung selbst durchbricht — wie erwähnt — ihren Grundsatz der Masseerhaltung für die Gläubiger zu Gunsten derjenigen, die gutgläubig auf die Richtigkeit des Grundbuches vertrauen. (§ 7 Abs. 2 Halbs. 2, § 15 S. 2 KO)[6]) Im einzelnen

---

[1]) Vgl. Reichsgericht, RGZ Bd. 53 S. 353, Bd. 59 S. 369, Turnau — Förster S. 159. Im Ergebnis übereinstimmend auch Hellmann S. 241, § 26 N. 1.

[2]) Jaeger, § 15, Anm. 28.

[3]) Reichsgericht, RGZ Bd. 52, S. 138.

[4]) Jaeger § 15 Anm. 28, Biermann ZZP Bd. 34 S. 520.

[5]) Staudinger § 1119 Anm. 1a.

[6]) Die Erörterung dieser Minderungsfälle gehört an sich nicht unmittelbar zum Thema (vgl. oben S. 2 oben). Da aber in § 7 dieser Arbeit eine möglichst umfassende Aufzählung und rechtliche Behandlung all der Fälle beabsichtigt ist, wo auf Grund des

bedeutet dieser Schutz des guten Glaubens:

1) Wenn ein Dritter nach Konkurseröffnung unmittelbar vom Gemeinschuldner ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstück gutgläubig erwirbt, oder wenn er an den Gemeinschuldner als den im Grundbuch eingetragenen Berechtigten gutgläubig eine Leistung bewirkt, so ist der Erwerb oder die Leistung rechtswirksam, auch wenn die Leistung nicht zur Masse gelangt (§ 7 KO in Verbindung mit §§ 892, 893 BGB.). Die Masse ist in diesem Falle um das betreffende Grundstücksrecht oder den Betrag der Leistung gemindert.[1]) Der Dritte ist gutgläubig, wenn der gemäß § 113 KO einzutragende Konkursvermerk im Grundbuch noch nicht eingetragen ist, und wenn er die Tatsache der Konkursverfangenheit des Grundstücks oder Liegenschaftsrechtes[2]) zu der in § 892 Abs. 2 BGB. bestimmten Zeit nicht kennt.[3])

2) Wenn jemand über ein fälschlich auf seinen Namen eingetragenes Buchrecht, das in Wahrheit zur Konkursmasse gehört — etwa weil der Buchberechtigte beim Erwerbe vom Konkurse Kenntnis hatte, oder weil bei einer Veräusserung vor Konkurseröffnung der nachmalige Gemeinschuldner geschäftsunfähig war — zu Gunsten eines gutgläubigen Dritten verfügt, so erwirbt dieser Dritte das Recht mit der Eintragung (§ 892 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Es handelt sich hier nicht um eine durch § 15 Satz 2 vermittelte Anwendung des § 892 BGB., sondern um einen Fall, der von §

---

Gutglaubensschutzes die Masse vermindert wird, so sei es erlaubt, auch die Fälle aus dem Immobiliarrecht mit hereinzunehmen. Gerade hier tritt eine große Zahl von Grenzfällen und Zweifelsfragen auf, sodaß es m. E. zweckmäßig ist, wenn diese Fragen einmal im Zusammenhang erörtert werden.

[1]) In diesem Falle und in allen folgenden Fällen der Minderung auf Grund gutgläubigen Erwerbs ist jedoch zu beachten, daß diese Minderung durch Anfechtung seitens des Konkursverwalters — vgl. §§ 29—42 KO — unter Umständen wieder rückgängig gemacht werden kann. Für den vorliegenden Fall des gutgläubigen Erwerbs eines Grundstücks s. bes. § 42 KO. Diese Vorschrift gilt auch für den unter 3) behandelten Rechtserwerb auf Grund von §§ 878, 1260 BGB., obwohl die letzteren Bestimmungen in § 42 KO nicht genannt sind (Reichsgericht RGZ Bd. 51 S. 284, Bd. 81 S. 424, Oberlandesgericht Hamburg OLG Bd. 15 S. 231, Mentzel § 42 Anm. 1, Jaeger § 15 Anm. 36.) Im übrigen kann hier auf die Voraussetzungen des Anfechtungsrechts nicht näher eingegangen werden.

[2]) Nimmt der Erwerber an, das betreffende Grundstück oder Recht gehöre zum konkursfreien Vermögen des Gemeinschuldners, so ist er nicht bösgläubig, Jaeger § 7 Anm. 21.

[3]) „Kennenmüssen" oder grobfahrlässige Unkenntnis genügt hier im Liegenschaftsrecht nicht, um den Erwerber bösgläubig zu machen, kann aber gegebenfalls die Konkursanfechtung begründen (vgl. oben Anm. 1). Auch Kenntnis des Konkursantrages genügt nicht (anders § 23 II ZVG).

15 KO garnicht mehr ergriffen wird, mithin um direkte Anwendung des § 892 BGB. Der Erwerber wird wegen Unkenntnis des Nichtrechtes seines Vormannes geschützt und nicht deswegen, weil er vom Konkurse eines früheren Veräußerers nichts wußte.[1])

Hatte in den Fällen 1 und 2 der Gemeinschuldner oder der Nichtberechtigte nicht endgültig verfügt, sondern nur eine Vormerkung zu Gunsten des Dritten bewilligt, so ist sehr bestritten, ob diese Vormerkung ebenfalls der Konkursmasse gegenüber wirksam wird.

Nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte ist die Vormerkung kein dingliches Recht, sondern nur ein Sicherungsmittel besonderer Art, das dem geschützten Recht in mancherlei Hinsicht dingliche Eigenschaften verleiht.[2]) Dieser Standpunkt hat im Schrifttum mit Recht zumeist Zustimmung gefunden.[3]) Denn einmal steht das bürgerliche Gesetzbuch auf dem Standpunkt, daß der Kreis der dinglichen Rechte fest geschlossen sein solle (sog. numerus clausus der dinglichen Rechte). Es würde eine Durchbrechung dieses Grundsatzes bedeuten, wollte man der Vormerkung ebenfalls dinglichen Charakter beilegen. Zudem hat der Gesetzgeber selbst es ausdrücklich abgelehnt, der Vormerkung die Rechtsnatur einer selbständigen dinglichen Belastung zu geben.[4]) Er hat daher schon in der Fassung den § 883 BGB. von den §§ 1018, 1030, 1090, 1094, 1105, 1113, 1191, 1204 BGB. unterschieden. Zwar gibt es auch gesetzliche Sonderbestimmungen, welche die Vormerkung in verschiedener Beziehung einem dinglichen Recht gleichstellen (z. B. die §§ 24, 193 KO. ferner §§ 439, 1098, 1971, 1974 Abs. 2, 2016 BGB., § 48 ZVG.). Doch kann man gerade aus dem Vorhandensein dieser Sonderbestimmungen schließen, daß die Vormerkung nicht allgemein zu den dinglichen Rechten gezählt werden darf. Daher gilt jedenfalls § 892 BGB. für die Vormerkung nicht.

---

[1]) Jaeger § 7 Anm. 21 bildet ebenfalls das Beispiel, daß ein in Wahrheit zur Konkursmasse gehöriges, aber infolge Unrichtigkeit des Grundbuchs widerspruchslos auf den Namen eines Dritten eingetragenes Liegenschaftsrecht von dem Dritten an einen Gutgläubigen veräußert wird. Jaeger zieht hier jedoch zum Schutze des Gutgläubigen irrtümlich noch § 15 Satz 2 KO heran. Richtig dagegen Jaeger 15 Anm. 43, ferner Begründung I S. 57, Wilmowski-Kurlbaum § 12 Anm. 7, Petersen-Kleinfeller § 12 Anm. 3. Abweichend Endemann S. 132 und Oetker I S. 222.

[2]) Vgl. die sehr ausführliche Aufzählung der Judikatur bei Planck § 883 Anm. 2, S. 219 oben, RGRK § 883 Anm. 8 und besonders RGZ Bd. 113 S. 409, Bd. 116 S. 238, Bd. 118 S. 230, Bd. 120 S. 13, Bd. 121 S. 46, Bd. 124 S. 200, Bd. 129 S. 184.

[3]) RGRK und Planck a. a. O., Staudinger § 883 IV 1, Predari S. 117 f, Güthe-Triebel § 25 Anm. 14 S. 641, Biermann § 883 Anm. 4, Fuchs I S. 37. Für dinglichen Charakter der Vormerkung dagegen unter anderen Jaeger § 24 Anm. 2 f.

[4]) Protokolle Band 3 S. 740, 744 ff.

Dagegen wird fast ebenso allgemein angenommen, daß die Bewilligung einer Vormerkung Verfügung ist und daher unter § 893 BGB. fällt.[1]) Ist jedoch tatsächlich in dieser Bewilligung eine Verfügung zu sehen? Nach der allgemeinen Begriffsbestimmung der Verfügung ist darunter ein solches Rechtsgeschäft zu verstehen, das unmittelbar auf Uebertragung, Belastung, Veränderung oder Aufhebung eines Rechtes abzielt.[2]) In diesem Sinne ist der Begriff des Verfügens auch in § 893 BGB. zu verstehen.[3]) Unter Berufung auf die zuvor erwähnte Ansicht, daß die Vormerkung keine dingliche Belastung darstelle, sondern immer nur ein — wenn auch besonders geartetes — Sicherungsmittel für einen schuldrechtlichen Anspruch, haben nun die Gegner der herrschenden Ansicht geltendgemacht, die Bewilligung einer Vormerkung wirke nicht unmittelbar auf das betroffene Recht ein, sondern bereite eine solche Wirkung nur vor. Diese Schlußfolgerung ist jedoch nicht zutreffend. Bewilligung und Eintragung einer Vormerkung bereiten durchaus nicht eine Rechtsänderung nur vor, sondern verändern das betroffene Recht schon selbst. Im Wesentlichen erfolgt durch die Vormerkung eine Abschwächung des Rechts, indem nunmehr jede Verfügung darüber, die den vorgemerkten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, dem aus der Vormerkung Berechtigten gegenüber unwirksam ist[4]) (§ 883 Abs. 2 BGB.)[4]) Nur eine der Vormerkung entsprechende Verfügung über das betroffene Recht ist mit rechtlicher Wirksamkeit gegenüber dem Gesicherten noch möglich. Tritt demnach durch die Vormerkung bereits unmittelbar eine dingliche Gebundenheit des von ihr betroffenen Rechts ein, so ist es auch gerechtfertigt, die Bewilligung der Vormerkung als Verfügung zu bezeichnen und den § 893 BGB. darauf anzuwenden.

Auch das Recht aus einer Vormerkung kann daher zu Lasten der Masse gutgläubig erworben werden. Die Bedeutung, die ein solcher Erwerb für den Bestand der Masse hat, ist möglicherweise groß. Denn zufolge des bereits erwähnten § 24 KO gewährt die Vormerkung im Konkurse dieselben Rechte wie ein dingliches

---

[1]) So Reichsgericht, RGZ Bd. 90 S. 399, Bd. 118 S. 234, Bd. 120 S. 14 Bd. 121 S. 46, JW 1927 S. 2522, 1929 Sl. 770; weitere Entscheidungen bei Planck § 883 Anm. 2 S. 220 unten und RGRK § 893 Anm. 4 e. E. Vgl. ferner die grundlegende Schrift von Strohal: Kommt dem Vorgemerkten der öffentliche Glaube des Grundbuches zu Hilfe? Dekanats programm Leipzig 1904 S. 17 ff. Vgl. endlich die in Anm. 3 auf S. 23 Aufgeführten außer Güthe-Triebel. Neuestens haben also auch Biermann und RGRK — s. besonders § 893 Anm. 4 a. E. — ihre abweichende Meinung aufgegeben und sich der herrschenden Lehre angeschlossen. Abweichend freilich u. a. noch Oberneck I S. 446, 452.

[2]) Planck Allg. Teil, Vorbem. VII 4 z. 3. Abschn. S. 233 f, RGZ Bd. 106 S. 111.

[3]) Reichsgericht RGZ Bd. 90 S. 398.

[4]) Strohal a. a. O. S. 23 weist hierauf besonders hin.

Recht.[1]) Der Berechtigte kann nämlich vom Konkursverwalter Befriedigung des vorgemerkten Anspruchs verlangen. Streitig ist, wie er diesen Anspruch der Masse gegenüber durchsetzen kann. Es wird die Ansicht vertreten, die Vormerkung begründe stets ein Absonderungsrecht, aber nie ein Aussonderungsrecht des durch die Vormerkung Gesicherten.[2]) Zur Begründung wird geltendgemacht, § 43 KO, der die Aussonderung betreffe, beziehe sich nur auf Gegenstände, die dem Gemeinschuldner nicht gehörten; das von der Vormerkung betroffene Recht stehe aber noch dem Gemeinschuldner zu. Dieser Gesichtspunkt ist nicht entscheidend. Die maßgebende Vorschrift ist vielmehr § 24 KO. Wenn dieser Paragraph den Konkursverwalter verpflichtet, den vorgemerkten Anspruch zu befriedigen, so ist das nicht anders zu verstehen, als daß der Konkursverwalter je nach dem Inhalt der Vormerkung ein unbeschränktes oder beschränktes dingliches Recht übertragen muß. Handelt es sich um ein unbeschränktes dingliches Recht (Eigentum), so hat also der Vormerkungsberechtigte ein Aussonderungsrecht; im anderen Falle hat er ein Absonderungsrecht.[3]) Eine Auflassungsvormerkung z. B. gibt demnach ein Aussonderungsrecht. Keine Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs wäre es, wenn der Konkursverwalter das Grundstück veräußern und den Berechtigten nur aus dem Erlös abgesondert befriedigen würde. Vielmehr könnte ein solches Vorgehen die Interessen des Berechtigten erheblich schädigen. Man setze den Fall, daß der Vormerkungsberechtigte den Kaufpreis für das Grundstück an den Gemeinschuldner gezahlt hat, und daß dann der Konkursverwalter einen geringeren Erlös bei seinem Verkauf erzielt. Alsdann würde der Vorgemerkte bei Beschränkung auf den Absonderungsausspruch einen Vermögensschaden erleiden.

3) Wenn der nachmalige Gemeinschuldner schon vor dem Konkurse eine Eintragung in das Grundbuch[4]) oder eine Löschung gemäß §§ 873, Abs. 2, 875 Abs. 2 BGB. bindend bewilligt hatte und der Eintragungsantrag bei dem Grundbuchamt bereits gestellt wurde,[5]) so kann die späterhin erfolgende Konkurseröffnung

[1]) Seinem Wortlaut nach bezieht sich § 24 KO zwar nur auf solche Vormerkungen, die zur Zeit der Konkurseröffnung bereits bewilligt und eingetragen waren. Es ist aber kein Grund einzusehen, warum diese Vorschrift nicht auch auf Vormerkungen angewendet werden kann, die erst nach der Eröffnung des Verfahrens zur Entstehung gelangt sind. Läßt man überhaupt den Erwerb von Vormerkungen nach Konkurseröffnung zu, so müssen sie den vorher entstandenen auch gleichgestellt werden. Uebereinstimmend Jaeger § 24 Anm. 9.

[2]) So z. B. Oberneck S. 447, Biermann § 883 5cß.

[3]) Uebereinstimmend Fuchs § 883 7a cc und Jaeger § 24 Anm. 14.

[4]) Gleiches gilt gemäß § 1260 Abs. 1 Satz 2 BGB. für die Verpfändung von Schiffen bezüglich des Schiffsregisters und gemäß §§ 1—3 des Gesetzes über die Bestellung von Pfandrechten an im Bau befindlichen Schiffen v. 4. 7. 1926 bezügl. des besonderen Registers für diese Pfandrechte.

[5]) Gemäß §§ 13 Abs. 1, 29, 30 GBO. in der ab 1. 4. 1936 geltenden Fassung.

die Eintragung und damit den endgültigen Rechtserwerb des anderen Teiles zum Nachteil der Konkursmasse nicht hindern (§ 15 KO in Verbindung mit §§ 878, 1260 BGB.). Hatte der nachmalige Gemeinschuldner nur eine Vormerkung bewilligt,[1]) so erlangt der andere Teil je nach dem Inhalt der Vormerkung ein Aus- oder Absonderungsrecht.[2]) Trägt das Grundbuchamt eine Vormerkung von Amts wegen gemäß §§ 18 Abs. 2, 76 GBO. ein, so gilt dasselbe, sofern die Eintragung des Vollrechts selbst auf Grund des § 878 der Masse gegenüber wirksam gewesen wäre,[3]) wenn also vor Konkurseröffnung die Einigungserklärung des nachmaligen Gemeinschuldners nach § 873 Abs. 2 bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamt gestellt worden ist.

Der Bewilligung des nachmaligen Gemeinschuldners steht eine bereits vor Konkurseröffnung rechtskräftig gewordene Verurteilung zur Bewilligung gleich (§ 894 ZPO.). [4]) Es macht auch keinen Unterschied, ob dieses rechtskräftige Urteil auf Bewilligung einer endgültigen Eintragung oder nur auf Bewilligung einer Vormerkung lautet. Auch die Vormerkung kann dann noch nach Konkurseröffnung eingetragen werden.[5])

Sehr bestritten ist, ob nach Konkurseröffnung auch eine Vormerkung auf Grund eines noch nicht rechtskräftigen, aber vor der Eröffnung des Verfahrens vorläufig vollstreckbar gewordenen Urteils gemäß § 895 ZPO. eintragbar ist.[6])

§ 14 KO dürfte einer solchen Eintragung nicht entgegenstehen. Einmal liegt in der Eintragung der Vormerkung, da sie durch das Urteil als „bewilligt" gilt, kein Akt der Zwangsvollstreckung.[7]) Die gesetzliche Fiktion des § 895 ZPO. vermeidet gerade eine Zwangsvollstreckung. Ferner erfolgt die Eintragung hier auch nicht auf Grund einer durch § 14 Abs. 2 KO ausdrücklich genannten einstweiligen Verfügung, sondern eben auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils. Der Gesetzgeber scheint zwar einstweilige Verfügung und vorläufig vollstreckbares Urteil hier gleich be-

---

[1]) Wie unten S. 27 erörtert, gilt § 878 BGB auch für die Bewilligung einer Vormerkung.

[2]) Näheres siehe oben Seite 25.

[3]) Güthe — Triebel Vorbemerkung 74 vor § 13, Predari § 18 Anm. 12.

[4]) Jaeger § 15 Anm. 37 mit Verw.

[5]) Jaeger § 14 Anm. 32.

[6]) Bejahend Kammergericht OLG Bd. 45 S. 199, Planck § 885 2bß, Predari § 19 Anm. 15 a. E. Fuchs, § 885 II 2c, Jaeger § 14 Anm. 32 mit weit. Verw. Verneinend Mentzel § 15 Anm. 8b a. E. Oberneck § 50 2b und Anm. 20, Turnau-Förster § 878 II 6, Staudinger § 878 I 2b, RGRK § 885 Anm. 2, § 871 Anm. 1, Güthe-Triebel Vorbem. 74 vor § 13 S. 252 f mit weiteren Verweisungen.

[7]) Jaeger, Predari, Güthe-Triebel a. O., Stein-Jonas § 895 I und IV. Abweichend Petersen-Kleinfeller § 14 Anm. 7.

handeln zu wollen,[1]) doch besteht zwischen beiden insofern ein Unterschied, als die erstere nur eine — zudem auf bloßer Glaubhaftmachung beruhende (§ 920 Abs. 2 ZPO) — vorläufige Maßnahme ist. Das vorläufig vollstreckbare Urteil dagegen ist eine im ordentlichen Verfahren gemäß der Ueberzeugung des Richters ergangene Entscheidung, sodaß es berechtigt erscheint, ihm stärkere Wirkungen gegenüber der Konkursmasse zuzuerkennen als der einstweiligen Verfügung.

Fraglich ist aber, ob nicht § 15 KO die Eintragung der Vormerkung hier hindert. Daß diese Vorschrift an sich auch auf die Vormerkung Anwendung findet, dürfte keinem Zweifel unterliegen. Denn wenn sie auch ein dingliches Recht nicht begründet, so hat sie doch, wie oben erwähnt, die Wirkung einer dinglichen Beschränkung des Gemeinschuldners. Das genügt, um § 15 KO anzuwenden. Dann ist aber weiter zu prüfen, ob nicht § 878 BGB. den § 15 KO hier ausschaltet. Wenn § 878 BGB. auch auf die Bewilligung einer Vormerkung Anwendung findet, so kann die hier behandelte Vormerkung, da sie ja gemäß § 895 ZPO als bewilligt gilt, mit den oben S. 25 f erörterten Minderungsfolgen für die Masse eingetragen werden. Zwar scheint § 878 BGB. nur auf solche Rechte anwendbar zu sein, die auf Grund einer Einigung entstehen, wie sich aus der Aufzählung der §§ 873, 875, 877 BGB. in § 878 BGB ergibt. Die Vormerkung aber erfordert keine Einigung, sondern sie wird auf Grund einseitiger Bewilligung eingetragen. Aus diesem Umstand allein wird man aber die Unanwendbarkeit des § 878 BGB. auf die Vormerkung nicht folgern dürfen, sondern man hat weiter zu prüfen, ob nach Sinn und Zweck jener Vorschrift eine analoge Anwendung in Betracht kommt. Diese Frage ist richtig zu bejahen. § 878 BGB. bezweckt den Schutz des eine Eintragung beanspruchenden Dritten gegen Veränderungen der grundbuchlichen Rechtslage bezweckt, die — ohne daß er sie verhindern könnte — in der Zeitspanne zwischen Antrag und Eintragung eintreten.[2]) Dieser Zweck gilt in gleicher Weise für die Eintragung eines Vollrechts wie einer Vormerkung. Hinzu kommt, daß der Zweck der Vormerkung dem Zweck des § 878 BGB. durchaus entspricht. Auch die Vormerkung schützt denjenigen, zu dessen Gunsten sie eingetragen ist, gegen Veränderungen der dinglichen Rechtslage bis zur Eintragung des Vollrechts. Analoge Anwendung des § 878 BGB. auf die Vormerkung ist daher gerechtfertigt.

4) Keiner ausführlichen Erörterung bedarf es, daß auch die Vorschriften zum Schutze des guten Glaubens der Masse gegenüber Anwendung finden, die auf die oben unter 1 und 2 behandelten §§ 892, 893 BGB. Bezug nehmen. So gilt auch § 1138 BGB, der den öffentlichen Glauben des Grundbuches auf die Hypothekenforderung und die dem Eigentümer gemäß § 1137 BGB. zustehenden Einreden ausdehnt. Dasselbe ist von § 1155 BGB. an-

---

[1]) Vgl. Begründung II S. 28. Hier wird der jetzige § 895 ZPO. ausdrücklich genannt.

[2]) Planck § 878 I S. 178.

zunehmen.[1]) Erwirbt z. B. ein Dritter eine Briefhypothek vom Gemeinschuldner, so wird er Gläubiger dieser Hypothek, wenn er gutgläubig war[2]) und das Recht des Gemeinschuldners sich aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückgehenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen ergibt. Die Einwendung, daß in diesem Falle eine Gutgläubigkeit berücksichtigt werde, die außerhalb des Grundbuchs liege und daher eine Berücksichtigung im Konkurse nicht verdiene,[3]) ist nicht richtig. § 1155 BGB. bestimmt doch ausdrücklich, daß diese Gutgläubigkeit derjenigen an den Inhalt des Grundbuchs gleichgestellt sein solle. Es ist nicht einzusehen, wie angesichts dieser positiven Bestimmung des Gesetzes dem, der mit einem gemäß § 1155 BGB. legitimierten Gemeinschuldner gutgläubig ein Rechtsgeschäft abschließt, der Schutz des guten Glaubens versagt werden kann.

Am Schluß der Fälle aus dem Immobiliarrecht ist noch auf § 90 ZVG hinzuweisen, obwohl die Minderung der Masse auf Grund dieser Vorschrift nicht eigentlich eine Folge des Gutglaubensschutzes, sondern eine sog. Verschweigungsfolge ist: Wenn ein Gläubiger des nichtberechtigten Bucheigentümers das in Wahrheit zur Masse gehörige Grundstück zur Zwangsversteigerung bringt, so erlangt der Ersteher gemäß § 90 ZVG. das Eigentum an dem Grundstück ohne Rücksicht darauf, ob er vom Konkurse oder von der Unrichtigkeit des Grundbuches Kenntnis hat oder nicht.

II. Auch auf Grund der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen kann eine Minderung der Masse eintreten.

Anders als im Immobiliarrecht wird allerdings ein Dritter, der eine bewegliche Sache vom Gemeinschuldner unmittelbar erwirbt, nicht geschützt, auch wenn er vom Konkurse keine Kenntnis hat. Hier verhindert § 7 KO das Wirksamwerden des Erwerbes. Diese Entscheidung folgt mit Sicherheit daraus, daß in § 7 KO zwar die §§ 892 f BGB., nicht aber die für bewegliche Sachen geltenden §§ 932 ft BGB. genannt worden sind. Der daraus zu ziehende Schluß ist, wie Jaeger ausführt,[4]) umso zwingender, als nur die §§ 892 f BGB., nicht die §§ 932 ff BGB den Verkehrsschutz auch bei gutem Glauben an die Verfügungsbefugnis eintreten lassen. Es hätte also einer besonderen Bestimmung bedurft, wollte man die §§ 932 ff BGB hier anwenden, wo der Gemeinschuldner zwar das Eigentum, aber nicht die Verfügungsbefugnis hat. § 135 Abs. 2 BGB. kann als Bestimmung dieser Art nicht herangezogen werden. Zwar entsteht auch durch die Konkurseröffnung ein relatives Veräußerungsverbot zu Gunsten der Konkursgläubiger, wie

---

[1]) So auch MzEG S. 110 und Jaeger § 7 Anm. 29 gegen Petersen-Kleinfeller § 7 Anm. 8, die auch Seuffert S. 173 für ihre Ansicht heranziehen, da dieser den § 1155 BGB. nicht erwähne.

[2]) Ueber die Voraussetzungen der Gutgläubigkeit in diesem Falle vgl. oben S. 22 oben und Anm. 1 und 2 das.

[3]) So Petersen — Kleinfeller a. a. O.

[4]) Jaeger § 7 Anm. 31.

es § 135 Abs. 1 BGB. voraussetzt.[1]) Es ist aber anzunehmen, daß die Wirkungen dieses Veräußerungsverbotes Dritten gegenüber unter Ausschaltung des § 135 Abs. 2 BGB. durch die §§ 7, 15 KO besonders geregelt sind.[2]) Wenn auf das konkursmäßige Veräußerungsverbot § 135 Abs. 2 BGB. Anwendung fände, dann hätte es auch der Erwähnung der §§ 892, 893 BGB. in den §§ 7, 15 KO nicht bedurft.

Endlich sprechen auch innere Gründe für die unterschiedliche Behandlung des guten Glaubens bei Fahrnis und bei Liegenschaften.[3]) Im Liegenschaftsrecht nämlich kann durch den Grundbuchvermerk gemäß § 13 KO den masseschädigenden Einwirkungen des Gemeinschuldners schnell ein Riegel vorgelegt werden. Bewegliche Bestandteile der Masse, die an sich schon eigenmächtigen Eingriffen des Gemeinschuldners mehr unterliegen,[4]) können auf diese Weise nicht für die Konkursgläubiger gesichert werden. Folglich ist es auch angemessen, hier den gutgläubigen Erwerb jedenfalls insoweit auszuschließen, als es sich um Geschäfte zwischen dem Gemeinschuldner selbst und einem Dritten handelt.[5])

Dieser Ausschluß des gutgläubigen Erwerbes gilt auch für Geld und Inhaberpapiere;[6]) denn die Regeln über den Rechtserwerb an beweglichen Sachen finden grundsätzlich auch hier Anwendung, nur mit der einen Erweiterung, daß es bei Geld und Inhaberpapieren nicht darauf ankommt, ob diese Gegenstände dem Eigentümer abhandengekommen sind. § 935 Abs. 2 BGB. besagt aber nicht, daß nun jeder gutgläubige Erwerb von Geld und Inhaberpapieren rechtsgültig sein solle. Umstände, die — abgesehen von der Tatsache des Abhandenkommens — den gutgläubigen Erwerb ausschließen, behalten ihre Wirksamkeit auch dann, wenn es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt. § 7 KO gehört zu diesen Umständen.

Nicht anders ist es schließlich mit dem Erwerbe eines Wechsels oder Schecks vom Gemeinschuldner.[7]) Bezüglich dieser Papiere

---

[1]) Näheres darüber s. unten S. 37.

[2]) Anderer Meinung freilich Wendt, ArchZivPr. Bd. 89 S. 43; vgl. auch unten S. 74 Anm. 5.

[3]) MzEG S. 109 f, Begründung II S. 26.

[4]) Jaeger, § 7 Anm. 31.

[5]) So auch die herrschende Lehre: Jaeger a. a. O., Planck § 135 2c, § 932 2a, Staudinger § 1984 I, ferner (10. Aufl.) §§ 932 I 2b, 936 IV 2k, Eccius GruchB Bd. 50 S. 483 ff. Anderer Meinung nur Kohler Leitfaden S. 74, Wendt ArchZiv Pr. Bd. 89 S. 43 und de lege ferenda Litten, Archiv für Rechtsphilosophie Bd. 16 S. 500.

[6]) Staub-Könige § 366 Anm. 81, Jaeger § 7 Anm. 36. In der Vorauflage war Staub noch anderer Ansicht.

[7]) Quassowski-Albrecht, Wechselgesetz Art. 16 Anm. 20, Scheckgesetz Art. 21 Anm. 6, Riß S. 89, Michaelis Art. 74 Anm. 4 a. E., Breit § 8 Anm. 16, Staub-Stranz, Kommentar zur Wechselordnung, 12. Aufl. 1929, Art. 74 Anm. 4.

wird allerdings auch die Ansicht vertreten,[1]) § 7 KO müßte gegenüber dem jüngeren Art. 74 WO und dem darauf Bezug nehmenden § 8 Abs. 2 SchG. vom 11. 3. 1908 — jetzt Art. 16 WG, Art 21 SchG. vom 14. 8. 1933 — zurückstehen. Der gutgläubige Erwerb eines Wechsels oder Schecks vom Gemeinschuldner sei also möglich. Dem ist nicht beizupflichten. § 7 KO dürfte hier als sog. lex specialis anzusehen sein, die nach anerkannten Rechtsgrundsätzen auch durch ein jüngeres allgemeines Gesetz nicht außer Kraft gesetzt wird.[2]) Es hätte daher einer besonderen gesetzlichen Regelung bedurft, wenn die Ausnahme, die der § 7 KO gegenüber Art. 16 WG und Art. 21 SchG. darstellt, beseitigt werden sollte. Man betont freilich, die Rücksicht auf die Verkehrsfähigkeit des Wechsels oder Schecks erfordere es, den Schutz des guten Glaubens auch der Konkursmasse des Veräußerers gegenüber zur Anwendung zu bringen. Hierbei wird aber übersehen, daß auch die durch die Konkursordnung geschützten Interessen der Gläubiger mindestens ebenso sehr berücksichtigt werden müssen.

Ein gutgläubiger Erwerb beweglicher Sachen vom Gemeinschuldner selbst ist also in keinem Falle möglich. Ein solcher Erwerb findet aber zum Schaden der Masse dann statt, wenn jemand, der eine zur Masse gehörige Sache in Besitz hat, ohne ihr Eigentümer zu sein, diese Sache an einen gutgläubigen Dritten weiterveräußert. Es macht keinen Unterschied, ob in diesem Falle der Veräußerer die Sache vor oder nach Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner erhalten hat. Wenn z. B. der Entleiher die zur Masse gehörende Leihsache rechtswidrig an einen gutgläubigen Dritten veräußert, so wird der Dritte Eigentümer der Sache, gleichviel, ob der Entleiher sie sich vor oder nach Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner geliehen hat.

Im Schrifttum wird gelegentlich die Ansicht vertreten, daß auch ein solcher Erwerb von dritter Hand der Masse gegenüber unwirksam sei. So nimmt Gerland[3]) an, daß § 7 KO, der ja seinem Wortlaut nach generell allen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners die Wirksamkeit abspreche, auch die weiteren Veräußerungen, die erst als Folgen einer unwirksamen Rechtshandlung des Gemeinschuldners und durch diese ermöglicht würden, unwirksam machen müsse. Dieser Einwand trifft nicht zu. Der dritte Erwerber leitet sein Recht gerade nicht vom Gemeinschuldner ab, sondern lediglich aus der Verfügung des nichtberechtigten Veräußerers. Für den Erwerber kommt es hier nur auf den guten Glauben an das Recht des Nichtberechtigten an, und nicht darauf, warum dieser

---

[1]) Vgl. Brütt, Die abstrakte Forderung, Berlin 1908, S. 228 f, Jakobi, Die Wertpapiere, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Band 4, 1. Abt. S. 168 Note 55 im Hinblick auf die Einheitliche Wechselordnung vom 23. 7. 1912, die Vorläuferin des jetzigen Wechselgesetzes; ferner Staub-Stranz in der neuesten Auflage Art. 16 Anm. 27 b.

[2]) Enneccerus — Nipperdey § 13 I 1.

[3]) Gerland, KritVS. 1905 S. 45.

nicht berechtigt ist.[1]) In dem erwähnten Falle, wo der (nachmalige) Gemeinschuldner schon vor Konkurseröffnung den Besitz an der betreffenden Sache weggegeben hatte, kann man schon garnicht von einem durch eine Rechtshandlung des „Gemeinschuldners" vermittelten Erwerb des Dritten sprechen und müßte hier den Erwerb des Dritten unbedenklich zulassen. Es besteht aber kein innerer Grund, die Entscheidung von dem Umstande abhängig zu machen, ob der Gemeinschuldner die Sache vor oder nach Konkurseröffnung weggegeben hat.

Es wird ferner geltend gemacht,[2]) der Grundsatz des § 15 KO, „keine Veränderung der Situation nach Konkurseröffnung"[3]) stehe der Wirksamkeit des gutgläubigen Erwerbes in diesen Fällen entgegen. Doch das ist, wie Jaeger betont,[4]) eine „petitio principii". Daß der erwähnte Grundsatz nicht uneingeschränkt gilt, ergibt sich schon aus den zahlreichen in dieser Arbeit aufgeführten Fällen seiner Durchbrechung. Im übrigen sollte, wie sich aus den Motiven zur Konkursordnung ergibt,[5]) die Frage des gutgläubigen Erwerbs in dritter Hand durch den § 15 KO überhaupt nicht berührt werden.

Endlich wird für den Fall des Dritterwerbs geltend gemacht, die Besitzübertragung durch den der Verfügungsmacht beraubten Gemeinschuldner sei für den Konkursverwalter ein „Abhandenkommen", sodaß § 935 BGB. den Erwerb hindere.[6]) Auch diese Begründung muß von vornherein dann versagen, wenn der Gemeinschuldner den Besitz schon vor der Eröffnung des Verfahrens weggegeben hat. § 935 BGB. kommt andererseits zweifellos zur Anwendung, wenn der Konkursverwalter sich gemäß § 117 KO schon in den unmittelbaren Besitz der Sache gebracht hatte und dieser Besitz ihm — sei es vom Gemeinschuldner, sei es von einem anderen — ohne seinen Willen wieder genommen worden ist. § 935 BGB. greift auch ein, wenn der Gemeinschuldner selbst den Besitz unfreiwillig verloren hat.[7]) Wenn aber der Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung, jedoch vor Besitzergreifung des Verwalters sich freiwillig des Besitzes entäußert hat, so kann von einem Abhandenkommen nicht gesprochen werden. Eine Sache ist nur dann abhanden gekommen, wenn der unmittelbare Besitzer ohne seinen Willen den Besitz verloren hat.[8]) Es geht nicht an, diesen festumrissenen Begriff des bürgerlichen Rechts auf solche

---

[1]) Reichsgericht SeuffA. Bd. 66 Nr. 68. Vgl. auch oben S. 22 f, wo ebenfalls dargelegt wurde, daß der Dritterwerber sein Recht nicht vom Gemeinschuldner, sondern allein vom Veräußerer herleitet.

[2]) Oetker I S. 223, Endemann S. 132.

[3]) Endemann a. a. O.

[4]) Jaeger § 15 Anm. 44.

[5]) Vgl. Begründung I S. 57.

[6]) Eccius GruchB. Bd. 50 S. 486.

[7]) Planck § 1984 2a.

[8]) Reichsgericht RGZ Bd. 101 S. 225 und allgemeine Meinung.

Fälle auszudehnen, wo der Besitzer den Besitz unbefugt aufgibt.[1]) Man kann auch nicht die freiwillige Besitzaufgabe seitens des Gemeinschuldners auf Grund des § 7 KO als ungeschehen betrachten, sodaß nunmehr die weggegebene Sache abhandengekommen wäre. Denn die Besitzaufgabe ist weder Willenserklärung noch Rechtshandlung im weiteren Sinne, sondern ein rein tatsächlicher Vorgang, ein sog. Realakt.[2]) § 7 KO findet also auf die Besitzaufgabe keine Anwendung. Es ist demnach mit der herrschenden Meinung anzunehmen, daß der gutgläubige Erwerb von dritter Hand — also nicht vom Gemeinschuldner selbst — durch die §§ 7, 15 KO nicht betroffen wird.[3]) Dieses Ergebnis ist das allein angemessene. Wenn bei Rechtsgeschäften mit dem Gemeinschuldner selbst der Schutz des guten Glaubens unterbrochen wird, so kann das in Kauf genommen werden, weil wegen der Publizität des Konkurses der Vertragsgegner des Gemeinschuldners eine Möglichkeit der Kontrolle hat. Beim Erwerbe aus dritter und vierter Hand besteht eine solche Kontrollmöglichkeit nicht mehr. Es wäre eine unerträgliche Erschütterung der Rechtssicherheit, wenn auch die aus dritter und vierter Hand erworbenen Sachen im Widerspruch mit den allgemeinen Bestimmungen über Verkehrsschutz noch dem Zugriff des Konkursverwalters unterlägen.[4])

Demgemäß sind nicht nur die Schutzvorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 932 ff, 1032, 1207 f, 1244, 2366 f), sondern auch die des Handelsrechts (§ 366, vgl. aber auch § 367 HGB.) und die des Wechsel- und Scheckrechts (Art. 16 Abs. 2 WG, Art. 21 SchG.), die den durch das bürgerliche Gesetzbuch ausgesprochenen Schutz des guten Glaubens noch erweitern, anwendbar. Hat also z. B. der Gemeinschuldner eine zur Masse gehörige Sache einem Kommissionär übergeben, und hat dieser sie an einen Dritten veräußert, der in gutem Glauben an die Verfügungsbefugnis des Kommissionärs war, so erwirbt der Dritte das Eigentum an der

---

[1]) Jaeger § 7 Anm. 34.

[2]) Uebereinstimmend Planck § 935 2, Staudinger § 935 I 2b β m. weit. Verw. — Die Frage, ob die Besitzaufgabe Willenserklärung, Rechtshandlung oder Realakt ist, wird besonders bedeutsam, wenn die Besitzaufgabe angefochten wird. Ist sie Realakt, dann muß die Anfechtung unzulässig sein. Daher wird die Anfechtung auch fast allgemein für unzulässig erklärt (so außer Planck und Staudinger a. a. O. Biermann § 935 3, v. Tuhr II 1 S. 26 RGRK § 935 4, Staub § 366 Anm. 47, Wolff, Sachenrecht § 11 I und Anm. 3; vgl. auch Mot. Bd. 3 S. 348, Reichsgericht RGZ Bd. 101 S. 225. Hamburg, SeuffA Bd. 60 Nr. 150, OLG Bd. 10 S. 137 u. a.)

[3]) Mentzel § 7 Anm. 5, Jaeger § 7 Anm. 33 f, Petersen-Kleinfeller § 7 Anm. 9, v. Sarwey-Boßert § 7 Anm. 6, Hellmann S. 254, Planck § 932 2a, Staudinger § 932 I 2b, § 936 IV 2k, § 1984 I, Reichsgericht RGZ Bd. 87 S. 423 = JW 1916 S. 397 mit Anmerkung von Jaeger.

[4]) Jaeger § 15 Anm. 45, § 7 Anm. 34 e. E. Anderer Ansicht Gerland, KritVS 1905 S. 45.

Sache. Hat der Gemeinschuldner einen Wechsel durch Indossament an einen anderen — unwirksam — übertragen, und hat dieser den Wechsel an einen gutgläubigen Dritten weiterindossiert, so wird nunmehr der Dritte Wechselgläubiger. Die Konkursmasse ist um das Recht aus dem Wechsel gemindert.

Es hat sich ergeben, daß die Weiterveräußerung eines zur Masse gehörigen Gegenstandes von dem ersten Erwerber an einen Dritten von § 15 KO nicht mehr erfaßt wird. Eine solche Weiterveräußerung ist auch dann nicht gemäß § 15 KO nichtig, wenn durch sie ein anfechtbarer Erwerb unanfechtbar wird.[1]) Folgendes Beispiel diene zur Erläuterung: Ein Kaufmann hat seine Zahlungen eingestellt. Dennoch liefert er einem Gläubiger, der die Zahlungseinstellung kennt, einen geschuldeten Posten Ware. Diese Lieferung ist gemäß § 30 KO anfechtbar. Veräußert aber der Gläubiger nach Konkurseröffnung die Ware an einen Dritten, der die Anfechtbarkeit des ersten Erwerbes nicht kennt, (§ 40 Abs. 2 Satz 1 KO) so wird der Dritte unanfechtbarer Eigentümer.

## § 8.

### Minderungen der Masse auf Grund anderer Fälle des Verkehrsschutzes.

Minderungen der Konkursmasse können ferner auf Grund solcher Vorschriften eintreten, die — ohne einen Schutz des guten Glaubens im engeren Sinne zu bedeuten — doch dem Schutz und der Sicherheit des redlichen Dritten im Rechtsverkehr dienen.

1) So kann im Laufe des Konkurses gegen eine zur Masse gehörige Forderung die Einrede der Verjährung entstehen.[2]) Das bürgerliche Gesetzbuch hat in den §§ 202 — 204 die Gründe erschöpfend aufgezählt, die zu einer Hemmung der Verjährung führen.[3]) Da es die Konkurseröffnung nicht nennt, gibt es klar zu erkennen, daß diese den Ablauf der Verjährung nicht hindern soll,[4]) und zwar weder die Verjährung zu Gunsten, noch die zu Lasten der Masse. Hinsichtlich der letzteren, die hier allein zu erörtern ist, sei noch hinzugefügt, daß auch die Berücksichtigung des § 15 KO nicht zu einer anderen Entscheidung führt. Diese Vorschrift bezieht sich nur auf die Begründung von Rechten an der Konkursmasse; die Verjährung bringt aber nur eine Einrede zur Entstehung.[5])

---

[1]) Reichsgericht, RGZ Bd. 34 S. 61, Jaeger § 15 Anm. 24. Anderer Ansicht Mentzel § 15 Anm. 6 und Jaeger in den Vorauflagen § 15 Anm. 23.

[2]) Oetker ZZP Bd. 25 S. 25, Kohler, Lehrbuch S. 169, Wilmowski-Kurlbaum § 15 Anm. 13, Jaeger § 25 Anm. 15.

[3]) Staudinger § 202 I.

[4]) Prot. VI S. 759, Begründung II S. 29 Jaeger § 25, S. 451 Note 1.

[5]) § 222 Abs. 1 BGB, Enneccerus-Nipperdey § 218 II.

2) Sehr bestritten ist, ob auch eine Ersitzung im Laufe des Konkurses zu Lasten der Masse vollendet werden kann.[1])

Daß die Konkurseröffnung dann keinen Einfluß auf die Vollendung der Ersitzung ausübt, wenn der Konkursverwalter ihre Unterbrechung bewußt unterläßt, dürfte unzweifelhaft sein.[2]) Denn wie der Verwalter kraft seines Amtes überhaupt Rechte an Gegenständen der Masse begründen kann,[3]) so kann dies auch durch eine Unterlassung erfolgen. Wenn aber Oetker a. a. O. die Ersitzungsmöglichkeit zu Lasten der Masse ganz allgemein deswegen bejaht, weil in jedem Falle die Ersitzung erst durch eine Unterlassung des Konkursverwalters ermöglicht werde, die gegen die Masse wirke, so ist diese Begründung bedenklich. Denn wenn hier durch eine Unterlassung des Verwalters Rechtswirkungen entstehen sollen, so muß diese Unterlassung juristisch Willenserklärung sein, also die gewollte oder doch voraussehbare Bewirkung eines äußeren Rechtserfolges.[4]) Daraus folgt, daß der Konkursverwalter von der bevorstehenden Ersitzung Kenntnis gehabt oder zum mindesten die Möglichkeit einer Ersitzung vorausgesehen haben muß, weil er ja sonst die Wirkung der unterlassenen Unterbrechung nicht wollen oder voraussehen konnte. Wenn also der Verwalter — wie es in aller Regel der Fall sein wird — aus bloßer Unkenntnis der drohenden Ersitzung deren Unterbrechung nicht veranlaßt, so kann ein solches Verhalten niemals als Unterlassung Wirkungen gegen die Masse äußern.

Ebensowenig kann der Begründung Hellmanns a. a. O. gefolgt werden, der die Ersitzungsmöglichkeit bejaht, weil anderenfalls die Ersitzung aus einem Grunde unterbrochen werde, den das bürgerliche Gesetzbuch, das doch sonst die Unterbrechungsgründe erschöpfend habe regeln wollen, nicht kenne. Um eine Unterbrechung der Ersitzung infolge der Konkurseröffnung handelt es sich nämlich garnicht. Die Ersitzung läuft vielmehr an sich ungestört weiter und könnte z. B. nach Beendigung des Konkurses durch Zwangsvergleich oder nach Einstellung mangels Masse dem gemäß §§ 192, 206 KO wieder verfügungsberechtigten Gemeinschuldner entgegengehalten werden.[5]) Die Frage ist eben nur, ob diese an sich ununterbrochene Ersitzung auch den Konkursgläubigern gegenüber wirkt, und auf diese Frage gibt die Begründung Hellmanns keine Antwort.

---

[1]) Dafür: Prot. VI S. 757, Oetker ZZP Bd. 25 S. 25 Jaeger § 15 Anm. 11, derselbe Lehrbuch, S. 42, Hellmann S. 242, anscheinend auch Kohler Lehrbuch S. 169. Dagegen: Mentzel § 15 Anm. 6, Willenbücher § 15 Anm. 2, Wolff § 15 Anm. 7, Fitting § 9 Anm. 14, Wilmowski-Kurlbaum § 15 Anm. 13 und Jaeger in der Vorauflage § 15 Anm. 15.

[2]) So Wolft und Oetker a. a. O.

[3]) Vgl. oben S. 2.

[4]) Enneccerus-Nipperdey § 128 I.

[5]) Jaeger § 15 Anm. 11.

Auch die Heranziehung des „Beschlagsrechtes"[1]) bringt das Problem der Entscheidung nicht näher. Wenn Jaeger a. a. O. meint das Beschlagsrecht — sein Bestehen vorausgesetzt — würde die Ersitzung dann, aber auch nur dann gemäß § 945 BGB.[2]) hindern, wenn der Ersitzende Kenntnis vom Konkurse habe, so wird selbst von dem eifrigsten Verfechter der Beschlagsrechtslehre, Kohler, eine solche Folgerung nicht gezogen. Kohler nimmt nämlich an, daß solche dinglich wirkenden Vorgänge, die gegenüber jedem Eigentümer ohne Unterschied durchgreifen — und dazu gehört auch die Ersitzung — das Beschlagsrecht überwinden.[3]) Ganz abgesehen von dieser Erwägung würde die Heranziehung des Beschlagsrechts die Streitfrage aus folgendem Grunde nicht fördern: Ein dingliches Recht bleibt gemäß § 945 BGB. dem Ersitzer gegenüber nur bestehen, wenn dieser bösgläubig ist. Folglich würde auch das Konkursbeschlagsrecht nur unter dieser Voraussetzung bestehen bleiben. Bösgläubigkeit des Ersitzers aber würde nach § 945 BGB. vorliegen, wenn er vor Vollendung der Ersitzung positive Kenntnis von dem Beschlagsrecht erhält,[4]) und dazu gehört Kenntnis vom Konkurse und von der Zugehörigkeit der Ersitzungssache zur Masse.[5]) Hat der Ersitzer aber von dem Konkursbeschlag Kenntnis, so ist ihm unmittelbar auch sein eigenes Nichteigentum bekannt. Es bedarf also in diesem Falle nicht erst der Heranziehung des § 945. Vielmehr führt schon § 937 Abs. 2 — bei Zugrundelegung der Beschlagsrechtslehre — zu dem Ergebnis, daß die Ersitzung nicht stattfinden kann.

Endlich kann das Problem auch nicht mit Hilfe der für die Verjährung geltenden Grundsätze gefördert werden. Zwar bestehen mancherlei Berührungspunkte zwischen der Ersitzung und der Verjährung. So ist die Ersitzung gehemmt, solange die Verjährung des Eigentumsanspruchs gehemmt ist oder ihrer Vollendung die Vorschriften der §§ 206, 207 BGB. entgegenstehen.[6]) So ist ferner

---

[1]) Vgl. oben S. 19 Anm. 3.

[2]) Gemeint sein kann wohl nur eine entsprechende Anwendung von § 945 BGB. Denn diese Vorschrift bezieht sich ihrem Wortlaut nach nur auf solche dinglichen Rechte, die vor dem Erwerb des Eigenbesitzes durch den Ersitzer bereits bestanden. Das Beschlagsrecht wird aber in der Regel erst entstehen, wenn die Ersitzungszeit bereits begonnen hat. Der Fall, daß die Ersitzung während des Konkurses beginnt und vollendet wird, dürfte praktisch nie vorkommen und mag daher bei der Erörterung außer Betracht bleiben.

[3]) Kohler Lehrbuch S. 169.

[4]) Der andere Fall der Bösgläubigkeit gemäß § 945 BGB., daß der Ersitzer das dingliche Recht beim Erwerbe des Eigenbesitzers kannte oder grobfahrlässig nicht kannte, kann außer Betracht bleiben, vgl. oben Anm. 2.

[5]) Vgl. schon oben Seite 22, insbes. Anm. 1. Daß zur Bösgläubigkeit des Ersitzers auch Kenntnis von der Zugehörigkeit des Ersitzungsgegenstandes zur Masse gehört, hat Jaeger (a. a. O., vgl. oben im Text.) übersehen.

[6]) § 939 BGB. vgl. dazu Prot. Bd. 3 S. 321.

die Verjährung mitbestimmend gewesen für die Einführung der Ersitzung im BGB. überhaupt, indem es dem Gesetzgeber unerwünscht schien, wenn nach Verjährung des Eigentumsanspruchs ein „dominium sine re" entstand.[1]) Jedoch geht es sicherlich zu weit, wenn Kretschmer[2]) die Ersitzung als einen Unterfall der Verjährung bezeichnet, zumal wenn aus dieser Auffassung eine allgemeine Anwendbarkeit der für die Verjährung geltenden Vorschriften auf die Ersitzung hergeleitet werden sollte. Die Voraussetzungen und die Wirkungen beider Rechtseinrichtungen sind vielmehr so verschieden,[3]) daß eine scharfe Trennung eintreten muß[4]). Die für die Wirkung der Verjährung im Konkurse gegebene Entscheidung kann für die Ersitzung nicht ohne weiteres maßgebend sein.

Auf der anderen Seite kann aber auch die Begründung, die für die Verneinung der Ersitzungsmöglichkeit gegeben wird, nicht als überzeugend angesehen werden. Diese Verneinung wird nämlich durchweg allein auf § 15 KO gestützt; die Bedeutung dieser Vorschrift liege darin, daß sie jeden in die Zeit nach Konkurseröffnung fallenden Erwerb von Rechten an der Masse ausschließe, also auch die Vollendung der Ersitzung. Demgegenüber kann nur wiederholt werden,[5]) daß es sich bei dieser Auslegung des § 15 KO um eine „petitio principii" handelt, und daß m. E. angesichts der zahlreichen, teils in der Konkursordnung selbst festgelegten, teils aus dem sonstigen Recht zu entnehmenden Ausnahmen dem § 15 KO eine solche grundsätzliche Bedeutung nicht zukommt.

Es zeigt sich also, daß ein gangbarer Weg zu einer positivrechtlichen Entscheidung bisher nicht gewiesen worden ist.[6]) Dies soll nunmehr im folgenden versucht werden.

Auszugehen ist davon, daß durch die Konkurseröffnung, insbesondere durch die §§ 7, 15 KO ein gesetzliches Veräußerungsverbot im Sinne von §§ 134 ff BGB. entsteht[7]) Es ist bestritten, ob es sich hier um ein absolutes[8]) oder nur um ein relatives Ver-

---

[1]) Prot. Bd. 3 S. 193, Mot. Bd. 3 S. 351, 354.

[2]) Kretschmer, Die Mobiliarersitzung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Rostocker Dissertation 1910, S. 7.

[3]) Das gibt auch Kretschmer a. a. O. S. 10/11 zu. Es sei nur hervorgehoben, daß der Verjährung Ansprüche unterliegen (§ 194 BGB.), während die Ersitzung dingliche Rechte (Eigentum an Fahrnis und Liegenschaften, Nießbrauch — §§ 937, 900, 1033 BGB.) betrifft. Ferner entsteht durch die Verjährung nur eine Einrede, während der Ersitzer das Vollrecht erwirbt (§ 222 und § 937 BGB.). Endlich hat auf den Ablauf der Verjährung guter oder böser Glaube keinen Einfluß während die Ersitzung durch Bösgläubigkeit ausgeschlossen wird, § 937 Abs. 2 BGB.

[4]) So ausdrücklich Motive Bd. 3 S. 351 f.

[5]) Vgl. oben S. 32.

[6]) Die unten S. 38 wiedergegebene Entscheidung Jaegers gründet sich nur auf eine Interessenabwägung.

[7]) Vgl. schon oben S. 28/29.

[8]) So Rilk a. a. O. S. 89.

äußerungsverbot handelt.[1]) Auf eine Entscheidung dieses Streites kommt es jedoch nicht an, da die Lösung der Frage nach der Zulässigkeit der Ersitzung gegenüber der Masse nicht davon abhängt. Es ist auch mit einer Entscheidung nicht viel gewonnen, denn das konkursrechtliche Veräußerungsverbot wirkt stärker als das bürgerlichrechtliche.[2]) Falls das letztere die Vollendung der Ersitzung nicht hindern sollte, so gilt das gleiche nicht ohne weiteres von dem ersteren.

Wenn durch die Konkurseröffnung ein Veräußerungsverbot zur Entstehung kommt, so kann man die vorliegende Streitfrage auch folgendermassen ausdrücken: Wie wirkt ein gesetzliches Veräußerungsverbot auf die Vollendung der Ersitzung? In dieser allgemeineren Fassung ist die Frage des öfteren im Schrifttum behandelt worden. Bezüglich des relativen Veräußerungsverbotes wird durchweg angenommen, daß es auf die Vollendung der Ersitzung keinen Einfluß habe.[3]) Ob dagegen ein absolutes Veräußerungsverbot die Ersitzung verhindert, soll aus dem Inhalt des Verbotes durch Auslegung zu entnehmen sein.[4]) Diesen Sätzen ist beizutreten. Ihre Begründung und gleichzeitig ein Anhaltspunkt für die soeben erwähnte Auslegung ergibt sich aus der Rechtsnatur des durch die Ersitzung vermittelten Eigentums. Darüber, daß dieser Eigentumserwerb originär ist, herrscht kein Streit.[5]) Wenn demnach bei der Ersitzung eine Uebertragung des Eigentums, eine Veräußerung, nicht stattfindet, so folgt daraus, daß ein relatives Veräußerungsverbot auf die Ersitzung keinen Einfluß haben kann. Ein absolutes Veräußerungsverbot aber kann die Ersitzung nur dann verhindern, wenn es nicht nur die Veräußerung, sondern auch den Erwerb in dem Sinne untersagt, daß jeder Eigentumserwerb ausgeschlossen sein soll. Die Auslegung der absoluten Veräußerungsverbote kann sich daher auf die Feststellung beschränken, ob das Verbot nur die Entäußerung auf der einen Seite, oder ob es gleichzeitig auch den Erwerb auf der anderen

---

[1]) So Staudinger § 135 Anm. 9 a. E. Dieser Ansicht dürfte im Hinblick auf den Wortlaut der §§ 7 und 15 KO („den Konkursgläubigern gegenüber" und „mit Wirkung gegenüber den Konkursgläubigern") beizupflichten sein, allerdings nicht in dem Sinne Wendts (ArchZivPr. Bd. 89 S. 43), der die §§ 7 und 15 KO nur als Beispiele für das relative Veräußerungsverbot des § 135 BGB. ansieht. Denn das Veräußerungsverbot der Konkursordnung wirkt schon wegen der Beschränkung des gutgläubigen Erwerbes auf das Liegenschaftsrecht (vgl. oben § 7 II, stärker als jenes und ist daher mit ihm nicht auf eine Stufe zu stellen (MzEGS. 110 und Reichsgericht RGZ Bd. 71 S. 40.) Es nähert sich bereits dem absoluten Veräußerungsverbot.

[2]) Vgl. die vorstehende Anmerkung.

[3]) Mot. Bd. 1 S. 214, Bd. 3 S. 352, Biermann § 937 1 e, Staudinger § 937 6, RGRK § 937 4.

[4]) Mot. Bd. 3 S 352, Biermann a. a. O.

[5]) So wörtlich Planck Vorbem. 4 vor § 937.

verhindern will. In diesem Sinne vertritt auch Staudinger die Auffassung, daß die Ersitzung nur insoweit ausgeschlossen sei, als das absolute Veräußerungsverbot die Verkehrsfähigkeit der Ersitzungssache beschränke.[1]) Ein Beispiel für gesetzliche Veräußerungsverbote, die zugleich die Verkehrsfähigkeit gewisser Sachen beschränken, bieten die §§ 1—3 des Gesetzes über die Verwertung von Militärgut vom 31. 3. 1923. Ebenso dürfte nach dem von Staudinger genannten Beispiel die Ersitzung von Sprengstoffen ausgeschlossen sein, die jemand ohne polizeiliche Genehmigung erworben hat (Sprengstoffgesetz vom 9. 7. 1894 § 1).

Offenbar beschränkt nun aber die Konkurseröffnung die Verkehrsfähigkeit der zur Masse gehörigen Gegenstände nicht, denn Veräußerungen, die der Konkursverwalter zur Verwertung der Masse vornimmt, sind voll wirksam. Damit dürfte bewiesen sein, daß die Konkurseröffnung — sei es, daß sie nur ein relatives Veräußerungsverbot zur Entstehung bringt, oder daß ihre Wirkungen an die eines absoluten Veräußerungsverbotes heranreichen — doch die Vollendung der Ersitzung zu Lasten der Masse nicht verhindern kann.

Neben dieser mehr konstruktiven Lösung der Streitfrage weist Jaeger[2]) noch einen anderen Weg, der zu derselben Entscheidung führt, den der Interessenabwägung. Wo widerstreitende Normen zusammentreffen, ergibt sich eine Entscheidung durch Gegenüberstellung der Interessen, denen die Normen dienen. Die Ersitzung bezweckt zweierlei: Aus dem in §§ 937 Abs. 1, 945 Abs. 1 ausgesprochenen Erfordernis folgt, daß die Ersitzung in ihrer wesentlichen Bedeutung ebenfalls eine Einrichtung zum Schutze des guten Glaubens ist.[3]) Sie dient ferner der Erleichterung des Beweises. Dem angeblichen Eigentümer wird der Beweis seines Eigentums in solchen Fällen erspart, wo dieser Beweis wegen der Länge der seit dem Besitzerwerb verstrichenen Zeit erschwert oder gar unmöglich geworden ist.[4]) Es ist daher berechtigt, die Ersitzung als eine der Rechtssicherheit dienende und folglich in Rücksichten des allgemeinen Wohles begründete Einrichtung zu bezeichnen.[5]) Hat die Ersitzung diese Bedeutung, so kann der die privaten Interessen der Konkursgläubiger schützende § 15 KO ihre Vollendung ebensowenig hindern, wie er andere Rechtsänderungen zum allgemeinen Wohle verhindern konnte.[6]) Es besteht auch, wie Jäger a. a. O. noch ausführt, kein innerer Grund für eine andere Entscheidung. Denn der Verwalter kann nach Konkurseröffnung den Eigentumsanspruch gegen den Ersitzenden ebenso geltend machen, wie bisher der Gemeinschuldner selbst. Die Möglichkeit einer Unterbrechung der Ersitzung wird also der Konkursmasse nicht genommen.

---

[1]) Staudinger § 937 6 a. E.
[2]) Jaeger § 15 Anm. 11.
[3]) Kretschmer a. a. O. S. 15.
[4]) Mot. Bd. 3 S. 309.
[5]) Jaeger § 15 Anm. 11, vgl. auch Kretschmer a. a. O. S. 24.
[6]) Vgl. oben S. 5, 11 unten.

Der Grundsatz, daß die Vollendung der Ersitzung durch die Konkurseröffnung nicht gehindert wird, gilt für alle Arten der im Gesetz auftretenden Ersitzung. Zu Lasten der Masse findet daher eine Ersitzung statt: 1. von beweglichen Sachen (§ 937 ff BGB.), 2. von Lastenfreiheit (§ 945 BGB.), 3. von Nießbrauchsrechten (§ 1033 BGB.), 4. von unbeweglichen Sachen (sog. Tabularersitzung, § 900 BGB.).

In diesem Zusammenhang ist noch der Fall zu erwähnen, daß der Besitzer eines Grundstücks nach dreißigjährigem Eigenbesitz den Eigentümer im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausschließen und sich selbst als Eigentümer in das Grundbuch eintragen läßt (§ 927 BGB.). Ist hier das Ausschlußurteil bereits vor Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des eingetragenen Eigentümers erlassen worden, so gehört das betreffende Grundstück, da es mit Erlaß des Ausschlußurteils herrenlos geworden ist,[1]) nicht mehr zur Konkursmasse. Schon aus diesem Grunde könnte § 15, weil er sich nur auf Massegegenstände bezieht, hier einer nach Eröffnung des Verfahrens erfolgenden Eintragung des neuen Eigentümers nicht im Wege stehen. Ist aber das Ausschlußurteil erst nach Konkurseröffnung ergangen, so fragt es sich, ob es auch gegenüber der Masse wirkt. Da ein Ausschlußurteil jedes Eigentum und jedes andere Recht an dem Grundstück vernichtet,[2]) so ist unbedenklich anzunehmen, daß es auch ein Ausscheiden des Grundstücks aus der Masse zur Folge hat,[3]) sodaß auch in diesem Falle der neue Eigentümer kein zur Masse gehöriges Recht erwirbt.

3) Aehnlich wie bei der Ersitzung ist die Frage zu beantworten, ob der Finder gemäß § 973 BGB. Eigentum an der Fundsache erwerben kann, wenn über das Vermögen des Verlierers der Konkurs eröffnet ist.[4])

Auch hier ist der entscheidende Gesichtspunkt der, daß der Finder ursprüngliches und nicht abgeleitetes Eigentum erwirbt.[5])

---

[1]) Stein-Jonas § 977 II; diese Wirkung tritt nicht etwa erst mit der Rechtskraft des Ausschlußurteils ein.

[2]) Auch etwaige Verfügungsbeschränkungen des ehemaligen Eigentümers gehen unter, Reichsgericht, RGZ Bd. 76, S. 359.

[3]) v. Wilmowski-Kurlbaum § 15 Anm. 13.

[4]) Diese Frage wird im Schrifttum seltener erwähnt als die entsprechende Frage bei der Ersitzung; bejahend Jaeger § 15 Anm. 11 a. E., Meyer-Bleyer § 15 Anm. 4c, verneinend Wolff § 15 Anm. 7, v. Wilmowski-Kurlbaum § 15 Anm. 7,

[5]) Staudinger, § 973 3c, Planck § 973 2, RGRK § 973 1, Wolff Sachenrecht § 82 VII 1. Der Streit, ob der Funderwerb kraft Gesetzes und „ex nunc" stattfindet (so Planck und Wolff a. a. O.), oder ob es sich um einen Erwerb kraft Aneignung und daher „ex tunc" handelt (so RGRK und Staudinger a. a. O. sowie Biermann § 973 5), könnte im vorliegenden Falle zwar dann Bedeutung erlangen, wenn der Fund selbst schon vor Konkurseröffnung erfolgt ist. Da aber § 15 KO den Funderwerb ganz allgemein nicht hindert, bedarf es keines näheren Eingehens auf diese Streitfrage.

Daher kann das durch die Konkurseröffnung bewirkte Veräußerungsverbot den Funderwerb ebensowenig verhindern wie den Ersitzungserwerb.[1]) Ferner ist auch der Funderwerb eine der Rechtssicherheit dienende Einrichtung. Er bezweckt die Klarstellung der Eigentumsverhältnisse und will den Rechtsfrieden schützen. Der ehemalige Eigentümer, der irgendwann nach langer Zeit die verlorene Sache bei einem Dritten entdeckt, soll nach Ablauf der gesetzlichen Fristen (§§ 973, 977 BGB.) keine Ansprüche mehr haben. Deshalb gilt auch beim Funderwerb das oben hinsichtlich der Ersitzung von der Interessenabwägung Gesagte.[2])

4) Auf den Grundsätzen des Verkehrsschutzes beruht auch der folgende Fall, in dem eine Minderung der Masse durch Hinzutreten einer neuen Forderung erfolgt:

Vor Konkurseröffnung schließt der nachmalige Gemeinschuldner mit einem anderen ein Scheingeschäft, aus dem eine — gemäß § 117 BGB. nichtige — Forderung gegen den Gemeinschuldner entsteht. Ueber diese Forderung stellt der Gemeinschuldner eine Urkunde aus und übergibt sie dem anderen Teile. Nunmehr wird der Konkurs eröffnet, und der andere tritt unter Vorlegung der Urkunde die Scheinforderung an einen Dritten ab, der von dem Rechtsmangel keine Kenntnis hat. Sieht man vom Konkurse zunächst ab, so könnte der Aussteller der Urkunde sich nicht darauf berufen, daß er die Forderung nur zum Schein eingegangen sei (§ 405 BGB.); der Dritte kann von dem Aussteller Erfüllung der Forderung verlangen. Diese rechtsbegründende Wirkung des gutgläubigen Forderungserwerbes tritt ohne Rückbeziehung („ex nunc") ein,[3]) Es entsteht daher die Frage, ob die Forderung entgegen § 3 KO am Konkurse teilnimmt. Diese Frage ist zu bejahen.[4]) Der Sinn des § 405 BGB. ist der, daß der gutgläubige Erwerber der Forderung allgemein so behandelt werden soll, wie wenn die Verpflichtungserklärung des Schuldners ernstlich abgegeben worden wäre. Dazu gehört demnach auch, daß die Forderung dem Gutgläubigen gegenüber als in dem Zeitpunkt entstanden gelten muß, der aus der Urkunde ersichtlich ist. Im vorliegenden Falle kann der Dritte also beanspruchen, so behandelt zu werden, wie wenn er die verbriefte Forderung vor Konkurseröffnung erworben hätte. Da auch § 405 BGB dem Schutz des redlichen Geschäftsverkehres dient, verliert er selbst dem Konkurse gegenüber nicht seine Kraft.

---

[1]) Vgl. oben S. 37 f.

[2]) Vgl. oben S. 38.

[3]) Oertmann § 405 II 1 a. E.; es handelt sich also nicht um eine Heilung des ursprünglichen Geschäftsmangels, denn ohne Mitwirkung des Ausstellers wäre eine solche Heilung kaum denkbar. Der Forderungserwerb muß also originär sein, (RGRK § 405 Anm. 1 Abs. 2 ) sodaß eine Rückbeziehung begrifflich nicht in Betracht kommt. Vgl. auch Oertmann § 405 Anm. 3.

[4]) Reichsgericht RGZ Bd. 87 S. 420, RGRK § 405 Anm. 1 Abs. 3, Staudinger § 405 II 1. Oertmann § 405 Anm. 4, Jaeger § 3 Anm. 22a, Wolff S. 110.

Durch § 405 BGB. geschützt wird an sich auch derjenige, der nach Konkurseröffnung einen Wechsel gutgläubig erwirbt, den der nachmalige Gemeinschuldner nur zum Schein ausgestellt hat. Doch greift hier der Sonderschutz des Art. 17 WG, ein.[1]) Diese Vorschrift geht weiter, indem sie ganz allgemein dem gutgläubigen Erwerber gegenüber alle sich aus dem Verhältnis des Ausstellers zu einem früheren Erwerber ergebenden, sog. persönlichen Einreden abschneidet.[2]) Der Schutz des Art. 17 WG. behält seine Wirkungen im Konkurse des Ausstellers aus denselben Gründen, wie es der § 405 BGB. tat.[3])

Wenn der spätere Gemeinschuldner durch Scheinindossament einen Wechsel einem Dritten übertragen hat, so bleibt er zunächst gemäß § 117 BGB. noch selbst aus dem Wechsel berechtigt. Indossiert aber der Scheinindossatar — nach Konkurseröffnung — den Wechsel an einen Gutgläubigen weiter, so kann dieser sich auf Grund der Artt. 16, 17 WG. an die Masse halten.[4])

5) Eine Minderung der Konkursmasse durch Untergang einer zur Masse gehörigen Forderung kann dadurch eintreten, daß ein Dritter eine Leistung, die an sich der Masse zusteht, mit befreiender Wirkung an einen Nichtgläubiger bewirkt.[5]) Ein Beispiel dafür bietet § 793 BGB.: Zur Konkursmasse gehört ein Inhaberpapier, das in den Besitz eines Nichtberechtigten gelangt ist. Zahlt nun der Aussteller an den Besitzer, so wird er von seiner Leistungspflicht frei und erwirbt das Eigentum an dem Papier (§ 797 BGB.). Die Masse verliert ihre Forderung. In derselben Weise wirkt die Zahlung an einen durch eine ununterbrochene Kette von Indossamenten legimierten Wechselbesitzer (Art. 40 Abs. 3 WG.). Die Befreiung des Ausstellers tritt auch dann ein, wenn die Zahlung an den Gemeinschuldner selbst als Inhaber des Papieres erfolgte und der Wert nicht zur Masse gelangte.[6]) Alle diese Entscheidungen folgen unmittelbar aus dem Gesetz. Denn die Befreiung des Zahlenden und der Uebergang des Eigentums an dem Papier auf ihn sind ausdrücklich auch dann angeordnet, wenn der Papierbesitzer nicht verfügungsberechtigt ist, §§ 793 Abs. 1 Satz 2, 797 Satz 2 BGB. Die entgegenstehenden §§ 8 und 15 KO müssen hier gemäß Art. 32 Satz 2 EGBGB. weichen.[7])

---

[1]) Staub-Stranz, Art. 17 Anm. 50.

[2]) Jaeger § 3 Anm. 33.

[3]) Vgl. auch Reichsgericht RGZ Bd. 84 S. 121.

[4]) Staub-Stranz Art. 18 Anm. 23. Michaelis Art. 7 WO Anm. 11 und Rilk S. 64 wenden in diesem Falle nur § 405 BGB. an.

[5]) Oetker ZZP Bd. 25 S. 25.

[6]) Jaeger § 8 Anm. 21. Dieser Fall, daß der Aussteller das Papier auf Grund seiner Zahlung gemäß § 797 BGB. vom Gemeinschuldner erwirbt, ist also anders zur entscheiden als der Fall, daß ein Dritter, der nicht Aussteller ist, ein Inhaberpapier vom Gemeinschuldner erwirbt, vgl. oben S. 29.

[7]) So Jaeger a. a. O.

Es ist allerdings anzunehmen, daß die Zahlung dann keine befreiende Wirkung hat, wenn der Aussteller weiß, daß der Inhaber nicht berechtigt oder, wie der Gemeinschuldner, nicht verfügungsberechtigt ist.[1]) Die gegenteilige Auffassung beruft sich auf die ganz allgemeine Fassung des Gesetzes, die keinen Vorbehalt zulasse, und auch auf den Zweck einer weitgehenden Erleichterung der Legitimation. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Rechtsschutz des § 793 BGB. jedenfalls nur im redlichen Verkehr eintreten darf. Es widerspricht der neuen Rechtsauffassung, daß offenbare Unredlichkeit um der Rechtssicherheit willen geschützt werden sollte.[2]) Daher ist § 793 BGB. nur in dem Sinne zu verstehen, daß der Leistende die Legitimation des Papierinhabers zwar nicht zu prüfen braucht, daß er sich aber durch Zahlung dann nicht befreien kann, wenn er das Nichtrecht des Inhabers kennt.

Da diese auf rechtspolitischen Erwägungen beruhende Auffassung, wie zugegeben werden muß, tatsächlich in einem gewissen Gegensatz zu dem Wortlaut des § 793 BGB. und auch zu der aus den Motiven[3]) erkennbaren Absicht des Gesetzgebers steht, so sind die Ausnahmen von der Regel des § 793 auf die Fälle wirklicher und offenbarer Unredlichkeit zu beschränken. Irgendwelche sonstigen Erschwerungen der Verkehrsfähigkeit der Inhaberpapiere sind nicht zuzulassen. Es ist daher anzunehmen, daß nur positive Kenntnis des Zahlenden von der Nichtberechtigung oder mangelnden Verfügungsmacht des Inhabers den Rechtsschutz des § 793 BGB. ausschaltet.[4]) Desgleichen hat stets derjenige den Beweis der Kenntnis zu führen, der sich auf die Nichtbefreiung beruft. Beweisregeln, die dem Leistenden den Beweis seiner Unkenntnis aufbürden, werden demnach durch § 793 außer Kraft gesetzt. Im Falle der Zahlung an den Gemeinschuldner selbst als Inhaber des Papiers hat also abweichend von dem Grundsatz des § 8 KO stets der Verwalter die Kenntnis des Leistenden vom

---

[1]) Anderer Ansicht die wohl noch herrschende Lehre: Planck § 793 3c, Staub-Könige Anhang zu § 365 Anm. 5, Jaeger § 8 Anm. 21, Enneccerus, 10. Bearb. § 430 I 3, allerdings stets mit der Einschränkung, daß unter Umständen eine Schadensersatzpflicht des Zahlenden gemäß §§ 823, 826 BGB. entsteht. Richtig: RGRK § 793 Anm. 5, Oertmann § 793 Anm. 4, Enneccerus-Lehmann § 230 III 2, Staub 12. und 13. Aufl. Anh. zu § 365 Anm. 5 für den Fall des § 8 KO auch Mentzel, Anm. 3 c.

[2]) So RGRK a. a. O.

[3]) Mot. Bd. 2 S 697, Prot. Bd. 2 S. 536.

[4]) Der weitergehende Art. 40 Abs. 3 des neuen Wechselgesetzes läßt die Befreiung des Zahlenden schon dann nicht eintreten, wenn dessen Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruht. Als Sondervorschrift kann diese Bestimmung zwar für das allgemeine Gebiet des bürgerlichen Rechts keine unmittelbare Anwendung finden. Sie zeigt aber deutlich die heutige Rechtsauffassung an und rechtfertigt daher die oben im Text aufgestellte Behauptung, daß die enge Auslegung des § 793 BGB. der heutigen Rechtsauffassung nicht mehr entspricht.

Konkurse zu beweisen, gleichviel, ob die Leistung vor oder nach der öffentlichen Bekanntmachung der Eröffnung des Verfahrens erfolgt ist.[1])

6) Im Interesse des Zusammenhangs sollen hier noch einige weitere Fälle zur Erörterung kommen, in denen der Untergang von zur Konkursmasse gehörigen Forderungen in Frage steht.

Gelegentlich wird angenommen, daß eine zur Masse gehörige Forderung auch durch Konfusion untergehen könnte.[2]) Man hätte da also an den Fall zu denken, daß der Gemeinschuldner Gläubiger einer Forderung ist und während des Konkurses den Schuldner beerbt, oder daß der Schuldner den Gemeinschuldner beerbt. Die Forderung geht jedoch hier nicht unter. Stirbt der Gemeinschuldner, so wird der Konkurs unter sinngemäßer Anwendung der für den Nachlaßkonkurs geltenden Vorschriften fortgeführt.[3]) Im Nachlaßkonkurse ist aber durch die Sondervorschrift des § 1976 BGB. das Erlöschen einer Forderung durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit ausgeschlossen. Daher hat der Schuldner, der den Gemeinschuldner beerbt hat, dennoch seine Verbindlichkeiten gegenüber der Masse zu erfüllen.[4]) Stirbt der Schuldner und wird er vom Gemeinschuldner beerbt, so geht die Forderung der Masse gleichfalls nicht unter.[5]) Die Begründung dafür ist hier aus dem allgemeinen Rechtsgedanken des § 1976 BGB. zu entnehmen. Danach tritt eine Konfusion dann nicht ein, wenn aus dem Vermögen desjenigen, bei dem sich Forderung und Schuld vereinigt haben, durch gesetzliche Vorschriften ein Sondervermögen ausgeschieden worden ist, und wenn diese Person Schuldner als Subjekt des Sondervermögens und Gläubiger als Subjekt seines übrigen Vermögens oder umgekehrt ist.[6]) Dieser Rechtsgedanke trifft hier zu, da der Gemeinschuldner als Subjekt der Konkursmasse Gläubiger und als Subjekt seines konkursfreien Vermögens Schuldner ist.

---

[1]) Anderer Ansicht Mentzel § 8 Anm. 3 c.

[2]) Oetker ZZP Bd. 25 S. 22 ff, ZHR Bd. 66 S. 237.

[3]) Jaeger, Lehrbuch § 30 III 3, Kommentar § 214 Anm. 21 m. weit. Verw.

[4]) Im Ergebnis übereinstimmend auch Kunick a. a. O. § 15 IV S. 73, Jaeger § 3 Anm. 33 a a. E.

[5]) Uebereinstimmend hier auch Oetker a. a. O.

[6]) Sondervermögen sind z. B. das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft, das Vermögen des nicht rechtsfähigen Vereins, das Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die Erbschaft, das eingebrachte Gut bei dem gesetzlichen Güterstande und der Fahrnis- und Errungenschaftsgemeinschaft und endlich auch die Konkursmasse (Enneccerus-Nipperdey, § 125 I).

## § 9.

### Minderungen infolge früherer rechtsgeschäftlicher Tätigkeit des Gemeinschuldners.

Minderungen der Masse können ferner dann eintreten, wenn der nachmalige Gemeinschuldner selbst schon vor Konkurseröffnung den Grund zu einem später erfolgenden Rechtsverlust gelegt hatte. Der Leitgedanke, der diese Fälle beherrscht, ist folgender: Der Konkurs erfaßt das Vermögen des Gemeinschuldners in seinem rechtlichen und wirtschaftlichen Bestande so, wie es dem Gemeinschuldner selbst zustand, also mit allen daran haftenden Lasten, Beschränkungen und Mängeln.[1]) Das gilt in erster Linie dann, wenn ein Erwerb, den der nachmalige Gemeinschuldner gemacht hatte, noch unsicher war. Die Gefahr, daß ein solcher unsicherer Erwerb wieder rückgängig gemacht wird, trifft die Masse ebenso, wie sie ohne die Konkurseröffnung den Gemeinschuldner selbst betroffen hätte.

1) Unterlag ein Rechtsgeschäft der Anfechtung (z. B. nach §§ 119, 123 BGB.). so kann die rückwirkende Vernichtung (§ 142 BGB.) des betreffenden Rechtsgeschäftes durch die Anfechtung auch nach Konkurseröffnung erfolgen. Es können auf diese Weise entgegen § 15 KO. durch Anfechtung Aus- und Absonderungsrechte entstehen, wenn der Gegner des Gemeinschuldners durch Irrtum oder arglistige Täuschung zu einer dinglichen Verfügung veranlaßt worden war.[2]) Es können ferner entgegen § 3 KO auch noch nachträglich Forderungen zur Teilnahme am Konkurse gelangen, wenn nach Konkurseröffnung Verträge angefochten werden, die die Aufhebung von Forderungen gegen den nachmaligen Gemeinschuldner betrafen.[3]) Die Begründung für diese Sätze ist aus der nach § 142 BGB. eintretenden Rückwirkung der Anfechtung zu entnehmen: Wenn der Rechtserwerb des Gemeinschuldners so zu behandeln ist, wie wenn er nie eingetreten wäre, dann kann auch der Konkursbeschlag das Recht nicht ergreifen, und wenn die Forderung an den Gemeinschuldner als niemals erloschen gilt, so wird damit fingiert, daß sie von Anfang an gemäß § 3 KO am Konkurse teilnimmt.

2) War einem Rechtsgeschäft des Gemeinschuldners eine Bedingung beigefügt,[4]) so kann ihr Eintritt oder Ausfall ebenfalls die Masse mindern. Es soll hier nicht die Rede sein von den aufschiebend bedingten Konkursforderungen.[5]) Solche Forderungen sind kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift (§§ 65, 67 KO.) bereits als Konkursforderungen anzusehen. Tritt bei diesen Forderungen die Bedingung ein, so kann man also von einer

---

[1]) So das Reichsgericht, RGZ Bd. 36 S. 126, Bd. 46 S. 167, ähnlich Bd. 61 S. 43 und Jaeger § 1 Anm. 51.

[2]) Jaeger § 15 Anm. 14.

[3]) Jaeger § 3 Anm. 8a, § 1 Anm. 51.

[4]) Gemäß § 163 BGB. gilt das folgende auch für den Fall der Befristung.

[5]) Mentzel § 3 Anm. 3, Jaeger § 3 Anm. 15, § 67 Anm. 1 ff.

Minderung der Masse nicht sprechen.[1]) Anders liegt dagegen der Fall, wenn der Gemeinschuldner einen Gegenstand entweder unter auflösender Bedingung erworben oder unter aufschiebender Bedingung veräußert oder belastet hatte.[2]) Tritt hier die Bedingung ein, so erfolgt eine wirkliche Minderung der Masse, denn ein ursprünglich ihr noch zustehender Gegenstand fällt nun dem Vertragsgegner des Gemeinschuldners zu. Befindet sich der Gegenstand noch in der Masse, so entsteht je nach Lage des Falles ein Aus- oder Absonderungsrecht des Erwerbers. Der Beweis dafür, daß der Bedingungseintritt trotz § 15 KO Rechte an Gegenständen der Masse begründet, ist aus § 161 BGB. zu entnehmen. Wenn nämlich selbst die konkursmäßige Verfügung des Verwalters die Anwartschaft des Dritten auf das bedingte Recht nicht zerstören kann (§ 161 Abs. 1 Satz 2 BGB.), so folgt daraus notwendig, daß das Gesetz den endgültigen Rechtserwerb nach Eintritt der Bedingung auch mit Wirkung gegenüber den Konkursgläubigern vor sich gehen lassen wollte, wenn die Konkurseröffnung in die Schwebezeit fällt.[3])

---

[1]) Es entfällt damit eine Erörterung der Frage, welche Forderungen als bereits bedingt anzusehen sind im Gegensatz zu den nur künftigen Forderungen. Im einzelnen braucht daher keine Stellung dazu genommen zu werden, ob z. B. die Forderung aus einem Wechselblankett oder aus einer Versicherung, die Regreßforderung gegen einen Bürgen, die Forderung auf Prozeßkostenersatz oder auf eine Vertragsstrafe zu den bedingten Forderungen gehört. Näheres vgl. Jaeger § 3 Anm. 15—32, Wilmowski—Kurlbaum § 3 Anm. 7, Meyer—Bleyer § 3 Anm. 5, Kohler Lehrbuch S. 325 ff, Hellmann S. 207 ff, Seuffert S. 48 ff, Oetker I S. 152 f.

[2]) Verfügungen über Grundstücke können gemäß § 925 Abs. 2 BGB. nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung getroffen werden.

[3]) So auch die herrschende Lehre. Vgl. Mentzel § 15 Anm. 6, Wilmowski-Kurlbaum § 15 Anm. 5, Fitting § 9 Note 14, Meyer-Bleyer § 15 Anm. 4e, Jaeger § 15 Anm. 15, auch v. Sarwey-Boßert § 15 Anm. 1. — Abweichend Hellmann (§ 26 2b, S. 255, auch S. 138, 205 ff) und Wolff (§ 15 Anm. 3). Hellmann macht im Anschluß an die Arbeit Langheinekens „Anspruch und Einrede" die Unterscheidung in bedingte und bedingt wirksame Rechte und Ansprüche. Nur die bedingt wirksamen sollen sich auch im Konkurse zu Vollrechten entwickeln können, nicht dagegen die bloß bedingten. Im praktischen Ergebnis kommt Hellmann fast stets zur Annahme bloß bedingter Rechte und damit zu einer Ablehnung der herrschenden Lehre in den meisten Fällen. Die Unterscheidung von bedingt wirksamen und nur bedingten Rechten ist abzulehnen. Sie findet im Gesetz keinerlei Grundlage. Wie Jaeger (§ 3 Anm. 15, § 1 Anm. 57) bemerkt, ist diese Unterscheidung unsicher und würde oft zu unlösbaren Zweifeln führen. Die abweichende Ansicht Wolffs, bedingte Aus- und Absonderungsrechte könnten nach Konkurseröffnung nicht unbedingt werden, denn solche Rechte seien vor dem Eintritt der Bedingung eben noch nicht entstanden, dürfte wohl nur auf der Nichtbeachtung des § 161 BGB. beruhen.

Mit Recht wird darauf hingewiesen, daß sich § 161 BGB. nur auf eigentliche, d. h. rechtsgeschäftlich gesetzte Bedingungen bezieht.[1]) Streng davon zu scheiden sind die Umstände, die zum gesetzlichen Entstehungstatbestand eines Rechts gehören. Solche Umstände sind z. B. für die Entstehung des Hypothekenrechts die Valutierung der Hypothek[2]) oder, falls es sich um eine Briefhypothek handelt, die Uebergabe des Hypothekenbriefes (§ 1117, Abs. 1 BGB.) oder im Falle der Abtretung einer Grundschuld die Bezeichnung des Erwerbes.[3]) Solange solche Umstände fehlen, ist eine Anwartschaft überhaupt noch nicht begründet, und soweit die fehlenden Umstände erst nach Konkurseröffnung eintreten, steht § 15 KO der Entstehung des Rechts entgegen.

Der Satz, daß Bedingungseintritt die Masse mindert, wird in seiner Bedeutung durch § 7 KO eingeschränkt. Beruht nämlich der Eintritt der Bedingung oder ihr Ausfall auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners, so sind diese Umstände den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. Streit besteht über die Auslegung des Begriffes „Rechtshandlung" in § 7 KO. Dieser Frage ist gerade hier von einiger Wichtigkeit, denn die Bedingungen, von denen ein Rechtsverlust des Gemeinschuldners abhängig gemacht ist, sind häufig dergestalt, daß es zweifelhaft erscheint, ob die Zuwiderhandlung dagegen noch als Rechtshandlung des Gemeinschuldners im Sinne der Konkursordnung angesehen werden kann. Wenn z. B. der Gemeinschuldner ein Vermächtnis oder eine andere Zuwendung erhalten hat unter der Bedingung seiner Wiederverheiratung oder — Beispiel Jägers — unter der Bedingung, daß er sich vom Trunke fernhält, daß er keinen Anlaß zur Ehescheidung gibt, daß er seinen Glauben nicht wechselt, oder daß er eine bestimmte Stadt nicht besuche, so sind dies alles Fälle, wo man über die Anwendbarkeit des § 7 KO im Zweifel sein kann. Die herrschende Lehre erklärt den Eintritt all dieser Bedingungen den Konkursgläubigern gegenüber für wirkungslos.[4]) Diese Auslegung des § 7 KO geht jedoch zu weit. Aus der Fassung des Gesetzes („den Konkursgläubigern gegenüber" — ein Ausdruck, der gleichzusetzen ist mit „der Konkursmasse gegenüber")[5]) läßt sich entnehmen, daß nur solche Rechtshandlungen des Gemeinschuldners gemeint sind, die sich wenigstens mittelbar auf die Masse beziehen.[6]) Daher kön-

---

[1]) So das Reichsgericht, JW 1912 S. 402 = LZ 1912 S. 498.

[2]) Vgl. die in der vorigen Anmerkung angegebene Entscheidung des Reichsgericht.

[3]) Reichsgericht RGZ Bd. 63 S. 230 = JW 1906 S. 388.

[4]) So insbesondere das Reichsgericht RGZ Bd. 36 S. 126, Bd. 59 S. 56, ferner Wolff § 7 Anm. 2, § 1 S. 18. Mentzel § 7 I.

[5]) Jaeger § 7 Anm. 4.

[6]) So auch v. Sarwey-Boßert § 7 Anm. 1 S. 71. Der im Text vertretenen Ansicht kann nicht entgegen gehalten werden, daß in den Motiven zur Konkursordnung ein Antrag, ausdrücklich nur die Masse betreffende Rechtshandlungen des Gemeinschuldners für unwirksam zu erklären, abgelehnt worden ist. Denn gleichzeitig mit dieser Ablehnung wurde in der Reichstagskommission erklärt,

nen vor allem solche Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nicht unter § 7 KO fallen, die nicht auf vermögensrechtlichem Gebiet liegen.[1]) § 7 KO will also nicht die persönliche Freiheit des Gemeinschuldners auf Gebieten beschränken, die mit dem Konkurse an sich nichts zu tun haben. Wenn eine solche Betätigung der persönlichen Freiheit des Schuldners infolge der Verkettung mit einer Bedingung mittelbar auf die Masse einwirkt, so kommt darin nur wieder eine der Masse von Anfang an anhaftende Unsicherheit zum Ausdruck. Die Betätigung selbst kann den Gläubigern gegenüber nicht unwirksam sein, zumal wenn der Gemeinschuldner einen Realakt, eine Tathandlung vorgenommen hat (z. B. den Rückfall in die Trunksucht, den Besuch eines ihm verbotenen Ortes). Das Gleiche gilt von der vermögensrechtlichen Folge dieser Betätigung. Die Gegenmeinung, die den — selbstverständlichen — äußeren Bestand der Handlung des Schuldners als solcher ebenfalls anerkennt,[2]) nimmt, wie Jaeger a. a. O. ausführt, eine unmögliche Spaltung zwischen äußerem Bestand und rechtlicher Wirkung vor.[3])

Hinzu kommt noch eine Erwägung, der bisher von keiner Seite genügende Beachtung geschenkt wurde. Es bedeutet ganz regelmäßig eine erhebliche Unbilligkeit, wenn derjenige, der unter einer auflösenden Bedingung eine Zuwendung gemacht hat, die Zuwendung auch dann nicht zurückfordern darf, wenn der Bedingungseintritt erfolgt, der durch die Zuwendung gerade verhindert werden sollte. Der Zuwendende hätte dann den doppelten Schaden. Hat z. B. jemand seinem Schwiegersohn eine Zuwendung unter der Bedingung gemacht, daß der Schwiegersohn keinen Anlaß zur Ehescheidung gibt, so läßt sich m. E. die Entscheidung, daß die Zuwendung auch dann der Masse verbleibt, wenn der inzwischen in Konkurs gefallene Schwiegersohn einen Ehebruch begeht, mit dem Rechtsempfinden nicht vereinbaren.

Eine weitere Einschränkung der Bedeutung, die der Eintritt einer Bedingung für den Bestand der Masse haben kann, ergibt sich aus § 26 KO. Wenn die Bedingung „infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens" eintritt oder ausfällt, so kann der andere Teil die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung nicht verlangen. Diese Vorschrift kommt allerdings nur für die Fälle in Betracht, wo der Gemeinschuldner einen Gegenstand unter auflösender Bedingung erworben hatte. Nur dann ist der Gegenstand bereits in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen. Solche Fälle sind verhältnismäßig selten. Hinsichtlich der im praktischen Leben wohl häufigsten Be-

---

daß sich die Beziehung zur Masse schon aus den Worten „den Konkursgläubigern gegenüber" von selbst ergebe. Vgl. Begr. I S. 36, Prot I S. 9/10.

[1]) Jaeger § 7 Anm. 4.
[2]) Wolff a. a. O.
[3]) Im Ergebnis wie hier auch Hellmann S. 206.

dingung der vollständigen Zahlung eines Kaufpreises ist sogar in § 455 BGB. bestimmt, daß hier das Eigentum im Zweifel unter aufschiebender Bedingung übertragen wird. Immerhin kommen außer den in vorigen Absatz aufgezählten Beispielen auch sonst Fälle auflösend bedingter Rechtsübertragung vor. Ist nun in diesen Fällen die auflösende Bedingung eine solche, daß sie infolge der Konkurseröffnung eintritt, so kann wegen § 26 KO der bedingt übertragene Gegenstand doch nicht ausgesondert werden. Die Bedingung braucht nicht ausdrücklich auf die Konkurseröffnung gestellt zu sein. Es genügt auch, wenn die Bedingung mittelbar infolge der Konkurseröffnung eintritt, wenn also zwischen der Konkurseröffnung und dem Umstand, der die Bedingung auslöst, ein Kausalzusammenhang besteht.[1]) Ist z. B. einer Eigentumsübertragung die auflösende Bedingung beigefügt, daß das Eigentum im Falle der Nichtzahlung bis zu einem bestimmten Termin an den Veräußerer zurückfallen solle, so hat, wenn vor diesem Termin der Konkurs über das Vermögen des Erwerbers eröffnet wird, weder die Nichtzahlung noch die gemäß § 17 KO vom Verwalter abgegebene Erklärung, den Vertrag nicht erfüllen zu wollen, den Rückfall des Eigentums an den Veräußerer zur Folge.[2]) Die Nichtzahlung bzw. Nichterfüllung ist hier eine Folge des Konkurses. Auf den für diese Entscheidung im allgemeinen mit herangezogenen § 158 Abs. 2 BGB. kommt es hier nicht an, denn nicht die fehlende Rückwirkung des Bedingungseintrittes ist hier maßgebend, sondern § 26 KO. § 158 Abs. 2 BGB., der für sich allein ganz allgemein — auch in den S. 45 erörterten Regelfällen — jede Einwirkung des Bedingungseintritts auf die Masse ausschliessen würde, wird ja gerade, wie oben ausgeführt, insoweit durch § 161 BGB. außer Kraft gesetzt. Dem § 161 BGB aber geht hier § 26 KO. als lex specialis vor. Wie Jaeger a. a. O. ausführt, geht der Zweck des § 26 KO gerade dahin, „den sonst wirksamen Rückfall um der Konkursgläubiger willen zu unterbinden, wenn der Rückfall seinen Grund in der infolge des Konkurses eintretenden Nichterfüllung hat."

3) Oben wurde ausgeführt, daß das hinsichtlich der Bedingung Gesagte keine Anwendung finden könne auf Umstände, die zum gesetzlichen Entstehungstatbestand eines Rechts gehören. Hinsichtlich e i n e s derartigen Umstandes herrscht allerdings Streit: Wenn die Vollendung eines vom Gemeinschuldner mit einem anderen vor Konkurseröffnung abgeschlossenen Rechtsgeschäfts nur durch G e n e h m i g u n g eines Dritten eintritt[3]) und diese Genehmigung erst nach Konkurseröffnung erteilt wird, so fragt es sich, ob nun je nach dem Inhalt des Geschäftes ein Aus- oder

---

[1]) Jaeger § 26 Anm. 9.

[2]) Mentzel § 26 Anm. 1, Jaeger § 26 Anm. 15, Staub Anhang zu § 382 Anm. 91. And. Ans. Wilmowski-Kurlbaum § 26 Anm. 6 unter Berufung auf § 158 Abs. 2 BGB., der den früheren Rechtszustand von selbst wieder eintreten lasse. S. dagegen die Ausführungen oben im Text.

[3]) Z. B. weil der andere minderjährig ist.

Absonderungsrecht oder eine Konkursforderung des anderen entsteht.[1])

Mentzel a. a. O. begründet seine Verneinung dieser Frage damit, daß § 184 Abs. 2 BGB. für die Genehmigung das Gegenteil dessen vorschreibe, was § 161 Abs. 1 Satz 2 BGB. für bedingte Verfügungen bestimme. Die Genehmigung mache Zwischenverfügungen, auch die in der Zwischenzeit durch den Konkursverwalter erfolgten Verfügungen, nicht unwirksam. Damit sei die Wirkungslosigkeit der Genehmigung gegenüber der Konkursmasse dargetan. Dieser Begründung kann nicht gefolgt werden. Das Fehlen einer dem § 161 Abs. 1 Satz 2 entsprechenden Bestimmung bei der Genehmigung erklärt sich daraus, daß die Genehmigung im Gegensatz zum Eintritt einer Bedingung rückwirkende Kraft hat (§ 184 Abs. 1 BGB.), sodaß die Unwirksamkeit von Zwischenverfügungen — sieht man von § 184 Abs. 2 zunächst einmal ab — sich schon allein aus der Rückwirkung ergeben würde. Aber auch die Berücksichtigung des § 184 Abs. 2 BGB. führt zu keinem anderen Ergebnis. Dieser Absatz besagt, daß Zwischenverfügungen seitens der Genehmigenden nicht unwirksam sind und stellt solche Verfügungen gleich, die während der Schwebezeit im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung gegen den Genehmigenden oder von seinem Konkursverwalter erfolgen. Allerdings wird im Schrifttum die Meinung vertreten, daß die im Abs. 2 genannten Fälle „nur als Hauptanwendungsfälle eines zugrundeliegenden allgemeinen Prinzips anzusehen sind, wonach wohlerworbene Rechte Dritter durch die im Abs. 1 angeordnete Rückwirkung nicht beeinträchtigt werden können."[2]) Solche wohlerworbenen Rechte seien — so führt das Oberlandesgericht Hamburg a. a. O. diesen Gedankengang fort — auch die durch den Konkursbeschlag den Konkursgläubigern erwachsenen Rechte; diese müßten daher durch die Genehmigung unberührt bleiben. Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden. Einmal findet sie im Gesetz schwerlich eine Stütze. Ganz regelmäßig ist aus der kasuistischen Aufzählung einiger Fälle in einer gesetzlichen Vorschrift, ohne daß durch eine entsprechende Ausdrucksweise die Erweiterung zu einem allgemeinen Grundsatz gestattet wird, im Gegenteil zu schließen, daß diese Erweiterung nicht zulässig ist. Ferner spricht auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes durchaus nicht für die Notwendigkeit einer erweiternden Auslegung. In den Motiven[3]) ist als Zweck der Einschränkung der Rückwirkung lediglich angegeben, daß der Genehmigende nicht die von

---

[1]) Bejahend Jaeger § 15 Anm. 15, Ritter LZ 1911 Spalte 236, verneinend Mentzel § 15 Anm. 6 S. 89, Oberlandesgericht Hamburg LZ. 1911 Sp. 236.

[2]) Planck § 184 1 b, ebenso Enneccerus-Nipperdey § 191 III 3 und Anm. 18, Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, 1. Band 3. Aufl. Halle 1906 § 114 III 2; zweifelnd, aber dieser Ansicht jedenfalls zuneigend auch Oertmann § 184 4 d.

[3]) Mot. Bd. I S. 247.

ihm selbst oder aus seinem Recht vorgenommenen Verfügungen zum Schaden der dadurch Berechtigten wieder unwirksam machen soll.[1]) Demnach ist der Ansicht zu folgen, die die Ausdehnung des § 184 Abs. 2 BGB. ablehnt.[2])

Damit entfällt aber eine Anwendbarkeit des § 184 Abs. 2 BGB. auf den vorliegenden Fall überhaupt. Einmal ist keine Verfügung des Genehmigenden zu Gunsten der Konkursgläubiger, auch keine aus seinem Recht abgeleitete oder gegen ihn gerichtete, ersichtlich. Die Konkurseröffnung selbst — sofern man sie als Verfügung zu Gunsten der Konkursgläubiger ansehen will — oder auch eine etwaige Verfügung des Konkursverwalters ist nicht Genehmigung. Sie wendet sich im Gegenteil gerade gegen den verfügenden Gemeinschuldner.[3]) Die Konkurseröffnung und Genehmigung haben nichts miteinander zu tun. Die Genehmigung überspringt daher vermöge ihrer rückwirkenden Kraft auch die Schranken des 15 KO.[4]) Der Rechtserwerb vollendet sich auch durch die nach Konkurseröffnung erfolgende Genehmigung zum Schaden der Masse.

Anders ist jedoch die Sachlage, wenn die Heilung eines schwebend unwirksamen Rechtsgeschäfts nicht durch Genehmigung, sondern aus einem anderen der in § 185 Abs. 2 BGB. genannten Gründe eintritt. Als Beispiel möge folgender Fall dienen:[5]) Der nachmalige Gemeinschuldner hatte eine Sache unter Eigentumsvorbehalt erworben und noch nicht voll bezahlt. Er veräußert diese Sache dennoch durch Besitzkonstitut (§ 930 BGB.) an einen Dritten zur Sicherung weiter. Nunmehr wird der Konkurs eröffnet und der Verwalter bezahlt die Restschuld aus dem Abzahlungskauf. Die Frage ist, ob hier der Dritte mit der Begründung, die an sich gemäß § 933 BGB. zunächst unwirksame Sicherungsübereignung sei durch den Erwerb der Sache seitens des Gemeinschuldners nach § 185 Abs. 2 BGB wirksam geworden, ein Absonderungsrecht geltendmachen kann.[6]) Die Frage muß verneint

---

[1]) Vgl. auch Prot I S. 184 und VI S. 129 ff über die Ablehnung der Einreihung eines weiteren Einzelfalles, nämlich des rechtskräftigen Urteils, unter die Ausnahmen des § 184 Abs. 2 BGB.

[2]) Staudinger § 184 Anm. 5 RGRK § 184 Anm. 2, v. Tuhr. Der allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts II 2 S. 245 und die ältere Literatur des bürgerlichen Rechts (Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 9. Aufl. 1903 S. 415, Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts 1900 1. Band S. 359) ferner das Reichsgericht RGZ Bd. 64 S. 127, Bd. 134 S. 78 und grundsätzlich Bd. 134 S. 123; vgl. endlich Oberlandesgericht Königsberg SeuffA. Bd. 60 Nr. 1.

[3]) Ritter a. a. O.

[4]) Jaeger § 15 Anm. 15.

[5]) Kammergericht Kut. 1927 S. 183 = LZ 1928 S. 421.

[6]) Die Sicherungsübereignung berechtigt nicht zur Aussonderung, sondern nur zur Absonderung, denn sie hat bei wirtschaftlicher Betrachtung die Natur eines besitzlosen Pfandrechts, Reichsgericht RGZ Bd. 24 S. 45, Bd. 91 S. 14, 280, Bd. 118 S. 209; Recht

werden.[1]) Im Gegensatz zu der Heilung durch Genehmigung hat die Heilung hier keine rückwirkende Kraft,[2]) denn § 185 Abs. 2 BGB. sagt, daß die Verfügung eines Nichtberechtigten wirksam „wird", wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt. Da die Sicherungsübereignung demnach erst in dem Augenblick wirksam werden könnte, wo der Gemeinschuldner den Gegenstand erwirbt, also erst nach Konkurseröffnung, verhindert § 15 KO den Rechtserwerb des Dritten. Die abweichende Ansicht Türks a. a. O. ist unrichtig. Türk will den Fall der Heilung gemäß § 185 Abs. 2 BGB. mit dem oben behandelten des Bedingungseintritts gleichsetzen, da in beiden Fällen eine Anwartschaft des Dritten bestehe. Es liegt jedoch nach dem Gesetz kein Anlaß vor, in dem vorliegenden Falle der Heilung gemäß § 185 Abs. 2 BGB. für die Schwebezeit bis zum Eintritt des heilenden Ereignisses eine rechtlich geschützte Anwartschaft des Dritten anzunehmen. Eine dem § 161 Abs. 2 BGB entsprechende Vorschrift fehlt hier.

4) Einer anderen rechtlichen Behandlung als die Sonderfälle der bedingen, betagten oder genehmigungsbedürftigen Forderungen, von denen oben die Rede war, unterliegen alle anderen Forderungen, deren Entstehungstatbestand sich noch nicht voll verwirklicht hat (künftige Forderungen), sei es, daß Teile dieses Entstehungstatbestandes bereits vorhanden sind, sei es, daß er noch ganz in der Zukunft liegt.[3]) Hat jemand eine künftige Forderung gegen den Gemeinschuldner und verwandelt sich diese Forderung erst nach Konkurseröffnung in eine gegenwärtige Forderung, so nimmt der Gläubiger selbstverständlich nicht am Konkurse teil, weil seine Forderung eben erst nach Konkurseröffnung wirklich entstanden ist. Wenn aber der nachmalige Gemeinschuldner als Gläubiger einer künftigen Forderung diese vor Konkurseröffnung abtritt, so entsteht die Frage ob der Zessionar die Forderung dann aussondern kann, wenn sie nach Konkurseröffnung zur gegenwärtigen Forderung wird. Zur Veranschaulichung diene folgendes Beispiel: Ein Erfinder hatte zur Sicherheit eines ihm gegebenen Darlehens dem Gläubiger die künftige Forderung aus dem Verkauf seines neuesten Patents abgetreten. Er fiel dann in Konkurs, und der Verwalter verkaufte das Patent. Kann nunmehr der Gläubiger Zahlung des Kaufpreises vom Käufer verlangen?

Wie Jaeger[4]) mit Recht betont, ist in solchen Fällen als erstes zu prüfen, ob die Abtretung wirksam war. Grundsätzlich muß

---

1915 Nr. 2588, SeuffA. Bd. 77 S. 261, KuT. 1929 S. 120, JW 1910 S. 29 = WarnE. 1910 Nr. 38 = GruchB. Bd. 54 S. 1168, Mentzel § 43 Anm. 2.

[1]) Kammergericht a. a. O., Jaeger § 15 Anm. 21 a, übereinstimmend hier auch Mentzel § 15 Anm. 6 ; anderer Ansicht Türk, KuT 1928 S. 22 ff.

[2]) Staudinger § 185 Anm. 5 a.

[3]) v. Tuhr, Allg. Teil § 60 V.

[4]) § 15 Anm. 23.

die Abtretung künftiger Forderungen für zulässig gehalten werden.[1]) Die Gegenmeinung stützt sich im wesentlichen auf die Begründung, eine künftige Forderung sei noch nicht vorhanden, sei etwas Irreales, eine Verfügung darüber also eine logische Unmöglichkeit.[2]) Dieser Ausgangspunkt ist falsch. Zu Abtretung ist allein eine Willenserklärung erforderlich. Diese aber kann logisch auch schon vor dem Zeitpunkt abgegeben werden, an dem das von ihr beeinflußte Recht zur Entstehung kommt.[4]) Auch § 185 Abs. 2 BGB. spricht für die herrschende Lehre.[5]) Da eine Verfügung über ein fremdes Recht gültig wird, wenn der Verfügende das Recht später erwirbt, so muß die Abtretung einer Forderung auch von vornherein für diesen Fall vorgenommen sein können. Vor allem aber verlangen die Bedürfnisse des heutigen Rechtsverkehrs mit seinem Mangel an Kapital und der hierdurch hervorgerufenen Notwendigkeit weitgehender Kredit- und Sicherungsgewährung gebieterisch die Zulassung der Abtretung künftiger Forderungen, wie die Fülle der zu dieser Frage ergangenen Judikatur zeigt.[5]) Die Ansicht Bergks,[6]) die Berufung auf das dringende Verkehrsbedürfnis könne angesichts logischer Erwägungen nicht durchschlagen, ist abzulehnen, denn das Recht dient eben nicht der Logik, sondern den Bedürfnissen menschlichen Zusammenlebens.

Künftige Forderungen sind jedoch auch nach der herrschenden Lehre nur dann abtretbar, wenn sie hinreichend genau bestimmt oder wenigstens bestimmbar sind, sodaß kein Zweifel an ihrer Identität aufkommen kann.[7]) Es ist ferner zu beachten, daß eine wirksame Abtretung nicht vorliegt, wenn dem Zedenten die Einziehungsbefugnis der abgetretenen Forderung bleibt.[8]) Endlich ist eine Abtretung sämtlicher künftiger Forderungen wegen § 310 oder § 138 BGB. unter Umständen unwirksam.[9]) Dieser Fall der

---

[1]) So die herrschende Lehre (Staudinger § 398 I 2, Planck § 398 Anm. 2, Enneccerus-Lehmann § 78 III 3 Oertmann § 399 lg) und die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ Bd. 136 S. 100 m. weit. Verw.).

[2]) So vor allem Eccius, GruchB. Bd. 48 S. 465, Bd 53 S. 1ff, Bergk, Uebertragungen und Pfändungen künftiger Rechte, Berlin 1912, insbes. S. 99.

[3]) Reichsgericht RGZ Bd. 67 S. 166 ff.

[4]) v. Tuhr, Enneccerus a. a. O.

[5]) Vgl. auch Oertmann a. a. O. und die grundlegende Entscheidung des Reichsgerichts RGZ Bd. 55 S. 334.

[6]) a. a. O. S. 70.

[7]) v. Tuhr, BA Bd. 7 S. 277, Reichsgericht RGZ Bd 67 S. 168, Bd. 90 S0 S. 248, Bd. 92 S. 238, Bd. 98 S. 200 Bd. 136 S. 102, LZ 1914 Sp. 1899, JW 1917 S. 764.

[8]) Reichsgericht RGZ Bd. 37 S. 106, Bd. 90 S. 276, Bd. 92 S. 108, 420, LZ 1914 Sp. 928, 1988, Enneccerus-Lehmann § 78 Anm. 4.

[9]) Enneccerus-Lehmann § 78 III 3, Staudinger § 389 I 2, v. Tuhr, BA Bd. 7 S. 278, Reichsgericht RGZ Bd. 67 S. 168, Gruch B. Bd. 55 S. 885.

wirtschaftlichen Knebelung und Aussaugung ist hier sogar besonders wichtig, weil er häufig die Vorstufe zum völligen wirtschaftlichen Zusammenbruch, zum Konkurse, bildet. Die Konkursgläubiger brauchen in diesen Fällen also eine wirtschaftliche Minderung der Masse durch Verlust der Außenstände nicht zu befürchten.

Ist aber die Vorfrage nach der Wirksamkeit der Abtretung zu bejahen, wie es in dem S. 51f unten erwähnten Beispiel der Fall wäre,[1]) dann muß nunmehr die eigentliche konkursrechtliche Frage geprüft werden. Darüber, daß die Abtretung nach außen erst zu der Zeit wirksam wird, wo die künftige Forderung sich zur gegenwärtigen entwickelt, herrscht kein Streit.[2]) Denn die Wirkung der Abtretung besteht darin, daß nunmehr der Zessionar Gläubiger wird — ein Rechtserfolg, der die Entstehung der Forderung begriffsnotwendig voraussetzt. Das Wirksamwerden der Abtretung erfolgt also auch ohne rückwirkende Kraft („ex nunc").[3]) Dennoch kann § 15 KO den erst nach Konkurseröffnung erfolgenden Rechtserwerb des Zessionars nicht verhindern. § 15 KO schließt nur den Erwerb von zur Masse gehörigen Rechten aus. Voraussetzung seiner Anwendbarkeit wäre demnach, daß die abgetretene Forderung zu irgendeiner Zeit einmal der Konkursmasse zustände.

Es wird allerdings verschiedentlich behauptet, daß die im voraus abgetretene Forderung zunächst noch als Forderung des Zedenten entsteht, um dann erst innerhalb einer „logischen Sekunde" oder eines „juristischen Augenblicks" von selbst auf den Zessionar überzugehen (Lehre vom sog. Durchgangserwerb).[4]) Diese Darstellung des rechtlichen Vorganges beruht aber auf einer durch die Sachlage nicht gerechtfertigten Fiktion.[5]) Der Sinn der Abtretung ist nicht der, daß zunächst nur ein schuldrechtlicher Vorvertrag geschlossen wird, sodaß die eigentliche Zession erst später stattzufinden hätte, sondern die Abtretung soll sogleich dingliche Wirkungen haben mit dem Erfolge, daß die abgetretene künftige For-

---

[1]) Der S. 51 u. gebildete Fall ist nicht zu verwechseln mit dem in RGZ Bd. 75 S. 228 erörterten, wo die Abtretung eines künftigen Patentrechts, bevor noch die Erfindung gemacht wurde, für unzulässig erklärt wird. Während in dem letzteren Fall das künftige Recht noch völlig unbestimmt, und — bevor die Erfindung vorliegt — auch völlig unbestimmbar ist, können Zweifel über die Identität bei der Abtretung der künftigen Forderung aus dem Verkauf eines bereits bestehenden Patentrechts nicht aufkommen.

[2]) v. Tuhr Allg. Teil S. 392, Enneccerus-Lehmann a. a. O., RGRK § 398 Anm. 2, Jaeger § 15 Anm. 23, Reichsgericht RGZ RGZ Bd. 67 S. 166, Bd. 74 S. 416, JW 1913 S. 132.

[3]) So insbesonder Reichsgericht RGZ Bd. 74 S. 416.

[4]) Diese Lehre wird vor allem von Oertmann vertreten (a. a. O. S. 445 mit weit. Verw.), vgl. auch Jaeger KuT. 1930 S. 17; in seinem Kommentar geht Jaeger auf diese Frage nicht ein, sodaß die dort vertretene Anwendung des § 15 KO nicht recht verständlich ist.

[5]) Planck 398 4 b β, Staudinger § 398 I 2.

derung alsbald aus dem Vermögen des Zedenten ausscheidet und als gegenwärtige Forderung unmittelbar in der Person des Zessionars entsteht.[1]) Wenn demgemäß der Abtretende nach der Zession überhaupt zu keiner Zeit mehr Gläubiger der zedierten Forderung wird, so kann auch § 15 KO nicht zur Anwendung kommen.[2]) Der Masse fällt die nach Konkurseröffnung entstandene Forderung also nicht zu. Man kann auch hier von einer Minderung der Masse sprechen. Rein logisch gesehen liegt zwar eine Minderung nicht vor, weil die Forderung nie zur Konkursmasse gehört hatte. Bei wirtschaftlicher Betrachtung rechtfertigt sich aber die Einreihung dieses Falles unter die Minderungsfälle deshalb, weil ohne die Zession bzw. bei Anwendung des § 15 KO der Masse der Wert der Forderung erhalten geblieben wäre.

Eine gegenteilige Auffassung wird vom Oberlandesgericht Hamburg für die Fälle vertreten, in denen die Entwicklung der künftigen zur gegenwärtigen Forderung durch eine Rechtshandlung des Konkursverwalters eintritt.[3]) Als Beispiel hierfür kann auf den oben S. 51 gebildeten Fall verwiesen werden. Dort bringt der Konkursverwalter durch die Veräußerung des Patentrechts die Forderung zur Entstehung. Zur Begründung führt das Oberlandesgericht Hamburg an, die Abtretung einer künftigen Forderung könne dann nicht wirksam werden, wenn nicht der Zedent selbst, sondern ein Rechtsnachfolger die Forderung als gegenwärtige begründe. Auch der Konkursverwalter müsse als Rechtsnachfolger und nicht als Vertreter des Gemeinschuldners angesehen werden, da er auf Grund seiner amtlichen Stellung handele. Ohne daß es hier einer Stellungnahme zu der umstrittenen Frage nach der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters bedarf, ist die Begründung des Oberlandesgerichts Hamburg, der sich auch Planck angeschlossen hat,[4]) als unzutreffend abzulehnen. Zwar dürfte ihrem Ausgangspunkt beizutreten sein, daß logisch die Abtretung einer künftigen Forderung nur dann wirksam sein kann, wenn ohne die Abtretung der Zedent selber Gläubiger geworden wäre.[5]) Gerade dies ist hier aber der Fall. Es ist unbestritten, daß die Konkurseröffnung

---

[1]) So auch die herrschende Lehre: Planck a. a. O., v. Tuhr BA Bd. 7 S. 277, Allg. Teil S. 392. RGRK § 398 Anm. 2, Staudinger § 398 I 2 mit weit Verw. und das Reichsgericht, insbesondere JW 1913 S. 132.

[2]) Uebereinstimmend v. Tuhr BA Bd. 7 S. 277, Biermann ZZP Bd. 44 S. 527 f. Gleicher Ansicht auch Oertmann a. a. O., da die Konkurseröffnung nur Verfügungen des Gemeinschuldners fortan hindere, der Erwerb des Zessionars aber auf der vorgängigen Abtretung beruhe. Diese Begründung wäre richtig, wenn nicht § 15 KO ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Verfügung jeden Rechtserwerb an der Masse verhinderte. Unter Berücksichtigung des § 15 KO wäre Oertmann, da er ja vom „Durchgangserwerb" ausgeht, voraussichtlich zu einem anderen Ergebnis gelangt.

[3]) OLG Bd. 11 S. 358.

[4]) Planck § 398 4 b β a. E.

[5]) v. Tuhr und Planck a. a. O.

auf die Vermögensverhältnisse des Gemeinschuldners keinen Einfluß ausübt; der Gemeinschuldner bleibt also nach wie vor Eigentümer der Massegegenstände und Inhaber der Masserechte und -forderungen.[1]) Dem Gemeinschuldner stehen daher auch die Vermögenswerte zu, die der Konkursverwalter durch seine Tätigkeit der Masse verschafft.[2]) Folglich wäre im vorliegenden Falle ohne die vorherige Abtretung auch der Gemeinschuldner Gläubiger der Forderung geworden, sodaß sich die Bedenken Plancks und des Oberlandesgerichts Hamburg erübrigen.

Hält man wie hier die Abtretung künftiger Forderungen auch den Konkursgläubigern gegenüber ganz allgemein für wirksam, so braucht man nicht, wie Jaeger[3]), die etwas willkürlich erscheinende und im Einzelfall nicht immer leicht durchzuführende Unterscheidung zu machen zwischen künftigen Forderungen, deren Rechtsgrund erst während des Konkurses gelegt wird, und solchen, die sich aus einem schon vor Konkurseröffnung vorhandenen Schuldverhältnis ergeben. Jaeger wird zu dieser Unterscheidung genötigt durch § 21 Abs. 2 KO, aus dem sich vermittels eines Umkehrschlusses die Wirksamkeit der Abtretung von künftigen Forderungen aus bereits vor Konkurseröffnung vorhandenen Schuldverhältnissen zweifelsfrei ergibt. Eine gewisse Bedeutung erlangt die erwähnte Unterscheidung allerdings noch in dem Falle, daß ein Gläubiger des nachmaligen Gemeinschuldners vor Konkurseröffnung eine künftige Forderung desselben g e p f ä n d e t hat. Die Pfändung künftiger Ansprüche ist zwar grundsätzlich ebenso möglich, wie ihre Abtretung (§ 851 ZPO), jedoch wird hier allgemein die Pfändbarkeit dahingehend eingeschränkt, daß das Rechtsverhältnis, aus dem die künftige Forderung entsteht, zur Zeit der Pfändung bereits vorhanden sein muß.[4]) Ist diese Voraussetzung erfüllt, so ist die Pfändung wirksam, auch wenn die Forderung erst nach Konkurseröffnung zur gegenwärtigen wird. Auch hier ergibt sich die Möglichkeit einer nachträglichen Minderung der Masse.

Die Entwicklung einer künftigen zur gegenwärtigen Forderung kann ferner in den Fällen die Konkursmasse mindernd be-

---

[1]) So vom Standpunkt der sog. Amtstheorie aus auch das Reichsgericht RGZ Bd. 31 S. 121, Bd. 52 S. 333, Bd. 53 S. 9, 352, Bd. 105 S. 314 und Mentzel § 6 Anm. 4. Nach den sog. Vertretertheorien versteht sich der im Text ausgesprochene Grundsatz schon von selbst. Die Ansicht, daß das Vermögen des Gemeinschuldners auf einen anderen, etwa den Konkursverwalter oder die Gläubigergesamtheit übergehe, dürfte kaum noch vertreten werden, wie das Reichsgericht im 105. Bande S. 314 richtig festgestellt.

[2]) Reichsgericht WarnE. 1912 Nr. 261.

[3]) Jaeger § 15 Anm. 23 a.

[4]) Reichsgericht RGZ Bd. 82 S. 227, Bd. 134 S. 225 Bd. 135 S. 140, Staudinger § 398 I 2, Planck § 398 4 b β a. E., nunmehr auch Stein — Jonas (15 Auflage) § 829 I 1 a mit eingehendem Literaturnachweis in Note 9. Für allgemeine Pfändbarkeit künftiger Forderungen aber Oertmann § 399 1 g a. E.

einflussen, wenn der spätere Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung zur Sicherung dieser Forderung ein Faustpfandrecht bestellt hatte. Gemäß § 1204 Abs. 2 BGB. kann das Pfandrecht auch für eine künftige Forderung bestellt werden, und nach § 1209 BGB. bestimmt sich der Rang des für eine künftige Forderung bestellten Pfandrechts nach dem Zeitpunkt der Bestellung, nicht nach dem der Entstehung der Forderung. Aus diesen beiden Vorschriften ist zu schließen, daß bereits vor Entstehung der Forderung ein gegenwärtiges Pfandrecht des künftigen Gläubigers besteht.[1]) Der Pfandgläubiger kann daher im Konkurse des Verpfänders auch dann abgesonderte Befriedigung verlangen, wenn die gesicherte Forderung erst nach Konkurseröffnung zur Entstehung kommt.[2])

Eine Einwirkung auf die Masse tritt dagegen nicht ein, wenn der nachmalige Gemeinschuldner kein Mobiliarpfandrecht, sondern eine Hypothek für die künftige Forderung bestellt hatte. Dies ist allerdings sehr bestritten. Die Entscheidung hängt davon ab, ob man im Falle der Hypothekenbestellung für eine künftige Forderung bereits wie beim Fahrnispfandrecht eine gegenwärtige Fremdbelastung annimmt, oder ob man bis zur Entstehung der Forderung eine Eigentümergrundschuld als entstanden ansieht.

Für alsbaldige Entstehung einer Fremdhypothek wird geltend gemacht,[3]) der Wortlaut der §§ 1113, 1163 BGB. verlange diese Schlußfolgerung. Da die Möglichkeit, eine Hypothek auch für künftige Forderungen zu bestellen, in § 1113 Abs. 2 BGB. erwähnt sei, so müsse diese Hypothek eben die Fremdhypothek des § 1113 Abs. 1 BGB. sein. Wäre hier eine grundsätzliche Erweiterung der Fälle der Eigentümergrundschuld beabsichtigt gewesen, so hätte das in der Fassung des § 1163 BGB. zum Ausdruck gebracht werden müssen, da diese Vorschrift sich ihrem Wortlaut nach nur auf solche Eigentümergrundschulden beziehe, deren Forderungen nicht zur Entstehung gelangt seien. Von noch nicht entstandenen Forderungen sei keine Rede. Es komme hinzu, daß ein Fall der ursprünglichen Eigentümergrundschuld in § 1163 Abs. 2 bereits geregelt sei. Ferner wird auf die Parallele zum Fahrnispfandrecht hingewiesen, wo anerkanntermassen auch bereits ein Gläubigerpfandrecht trotz künftiger Forderung entstehe. Endlich

---

[1]) Wolff Sachenrecht § 162 I 3, v. Tuhr Allgem. Teil II 2 S. 282, Planck § 1204 2 b S. 1155, Reichsgericht GruchB. Bd. 56 S. 995.

[2]) Jaeger § 15 Anm. 23.

[3]) Güthe-Triebel § 22 Anm. 14 S. 579 f, Biermann § 1113 Anm. 3, Beck, Die Maximaleigentümerhypothek des BGB. 1910, insbes. S. 45—52, Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1912, Sachenrecht § 80 II a Anm. 18, Sternberg DogmJ Bd. 62 S. 377 ff, Schreiber Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik, Leipzig 1914 S. 318 Anm. 2, Eigler. Hypotheken für künftige und aufschiebend bedingte Forderungen, Leipziger Dissert. 1913, Kretzschmar ZBlFG Bd. 15 S. 37, Bd. 14 S 602, Kammergericht KGJ Bd. 26 S. A 161, wohl auch Reichsgericht RGZ Bd. 48 S. 55.

wird betont, daß das Recht des Hypothekengläubigers nicht nur auf Befriedigung aus dem Grundstück gehe, sondern daß der Hypothek zugleich eine werterhaltende Funktion zukomme (vgl. §§ 1134, 1135 BGB.). Der Vorteile aus diesen Bestimmungen gehe aber der Gläubiger verlustig, wenn man ihm nicht eine sofort wirksame Gläubigerhypothek zuerkenne.

Die herrschende Meinung steht jedoch mit Recht auf dem entgegengesetzten Standpunkt.[1]) Die grundlegende Vorschrift des Hypothekenrechts — § 1113 Abs. 1 BGB. — stellt fest, daß das Bestehen einer Forderung wesentliche Voraussetzung für die Existenz der Hypothek selbst ist. Eine Gläubigerhypothek ohne Forderung gibt es nicht;[2]) denn gerade das Vorhandensein einer Forderung begründet den Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld. Auch die §§ 1153, 1154 BGB. 830 ZPO weisen darauf hin, daß die Forderung für die Hypothek das Wesentliche ist, denn diese Vorschriften sprechen nicht von der Abtretung oder Pfändung der Hypothek, sondern von der Abtretung bzw. Pfändung der „Forderung, für welche eine Hypothek bestellt ist." Von diesem Ausgangspunkt aus kann der hauptsächlich von der Gegenmeinung herangezogene Absatz 2 des § 1113 BGB. nur den Sinn haben, daß er dem bei fehlender Forderung sonst unwirksamen Bestellungsakt wenigstens eine teilweise Wirkung sichert, indem jedenfalls eine Belastung des Grundstücks zustande kommt. Mit dieser Wirkung aber ist die Bedeutung des § 1113 Abs. 2 BGB. erschöpft. Welcher Natur die so entstandene dingliche Belastung ist, sagt nicht § 1113, sondern §§ 1163, 1177 BGB.: Die Belastung ist eine Eigentümergrundschuld. Man darf also in dieser Frage nicht aus der Wortauslegung des § 1113 BGB. allein entscheidende Schlüsse ziehen, sondern man muß den inneren Zusammenhang der §§ 1113, 1163, 1177 BGB. beachten, im übrigen ist jene Wortauslegung nicht zwingend. Es läßt sich ebenso gut die Ansicht vertreten, die „noch nicht" entstandenen Forderungen gehörten zu der allgemeinen Gruppe der „nicht" entstandenen. Nicht entscheidend, ist, daß § 1113 Abs. 2 BGB. von einer „Hypothek" spricht. Auch § 1163 Abs. 1 BGB. bezeichnet das forderungslose Pfandrecht als Hypothek, und erst § 1177 BGB. charakterisiert es als Eigentümergrundschuld. Weiterhin schlägt auch der Hinweis auf das Pfandrecht an beweglichen Sachen nicht durch, denn dort fehlt eine dem § 1163 BGB. entsprechende Bestimmung überhaupt. Auch bei einer nicht entstandenen Forderung bleibt

---

[1]) RGRK § 1113 Anm. 7, Wolff Sachenrecht § 145 I 1, Staudinger § 1163 II 1 a, Planck § 1113 Anm. 5 g, § 1163 Anm. 3 a, Oberneck II § 116 Anm. 1 b, Wolff § 15 Anm. 3, Jaeger § 15 Anm. 23, Ahsbahs DogmJ. Bd. 50 S. 373 ff; auch die neuere Rechtsprechung teilt diesen Standpunkt: Reichsgericht RGZ Bd. 51 S. 43, Bd. 75 S. 222, JW 1902 Beil. S. 223 Nr. 80, 1912 S. 402, WarnE. Bd. 10 S. 432, SeuffA. Bd. 60 Nr. 151, ZBlFG. Bd. 10 S. 578 Kammergericht KGJ Bd. 45 S. A 286, Bd. 49 S. A 214 220, Bd. 52 S.A 200, OLG Bd. 46 S. 2.

[2]) Planck Vorbem. vor § 1113 2a m. Verw.

das Faustpfandrecht Fremdbelastung. Vermöge eines Umkehrschlusses könnte man aus dieser Tatsache sogar noch eine Stütze für die herrschende Meinung herleiten. Endlich ist auch die Berufung auf die werterhaltende Funktion der Hypothek verfehlt. Gewiß stehen nach der hier vertretenen Ansicht bei nur künftiger Forderung dem Gläubiger die Rechte aus §§ 1134, 1135 BGB. nicht zu. Für die Zubilligung dieser Rechte besteht indessen kein Bedürfnis. Solange der Gläubiger eine gegenwärtige Forderung nicht hat, liegt kein Grund vor, ihn gegen Verschlechterungen des verpfändeten Grundstücks zu schützen.

In der Regel wird für eine künftige Forderung keine Verkehrshypothek, sondern eine Höchstbetragshypothek bestellt. Die dargelegten Grundsätze gelten auch für die Höchsthypothek.[1]) Nach dem Gesetz läßt sich in dieser Hinsicht kein Unterschied zwischen gewöhnlichen und Höchstbetragshypotheken machen. Die Besonderheiten bei der Höchsthypothek bestehen darin, daß nur der Höchstbetrag der Belastung im Grundbuch eingetragen wird, während die wahre Höhe der Belastung sich erst durch Feststellung der Forderung ergibt (§ 1190 BGB.). Der Gläubiger kann sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen (§ 1184 BGB). Das Bestehen einer Forderung ist also für die Existenz der Höchsthypothek noch wesentlicher als für die Verkehrshypothek, denn der gutgläubige Erwerb der Hypothekenforderung ist bei der Höchsthypothek nicht möglich (arg. §§ 1184, 1190, 1138 BGB). Auch bei der Maximalhypothek besteht folglich eine Fremdbelastung nur in der Höhe, wie der Hypothekar eine gegenwärtige Forderung hat.[2])

Als Ergebnis ist also festzuhalten, daß eine Fremdhypothek bei künftigen Forderungen zunächst in keinem Fall entsteht. Daraus folgt gemäß § 15 KO, daß nach Konkurseröffnung die Eigentümergrundschuld sich nicht mehr in eine Fremdhypothek verwandeln kann, auch wenn die Forderung zur gegenwärtigen wird. Die Möglichkeit einer Minderung der Masse besteht also hier nicht.

Wohl aber besteht eine solche Möglichkeit, wenn der Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung zur Sicherung einer künftigen Forderung eine Grundschuld bestellt hatte. Wie bei der Bestellung eines Fahrnispfandrechts kommt auch bei der Grundschuld zur Sicherung einer künftigen Forderung sogleich eine ge-

[1]) Staudinger § 1190 I a β, Planck § 1190 6aj. RGRK § 1190 Anm. 1, Fuchs § 1190 Anm. 11, Predari § 19 9 b und dort zitierte Spezialarbeiten über diese Frage. Auch die Rechtsprechung teilt den hier vertretenen Standpunkt: Reichsgericht RGZ Bd. 55 S. 220, Bd. 75 S. 250, Bd. 78 S. 409, Bd. 97 S. 226, JW. 1912 S. 297, 402-LZ 1912 Sp. 398, GruchB. Bd. 56 S. 1072, Bd. 58 S. 669, 833, WarnE. 1917 Nr. 272, Recht 1918 Nr. 1542, ZBlFG. Bd. 16 S. 579; Kammergericht KGJ Bd. 45 S. A 286, Bd. 49 S.A 220.

[2]) Das Reichsgericht, das anfangs aus dem Wesen der Höchstbetragshypothek eine andere Entscheidung folgerte (vgl. RGZ Bd. 51 S. 117, Bd. 61 S. 41, GruchB. Bd. 48 S. 608, Bd. 52 S. 1070), hat seine abweichende Ansicht nunmehr ebenfalls aufgegeben, vgl. die Zitate in der vorigen Anmerkung.

genwärtige dingliche Belastung zustande. Zwar sind gemäß § 1192 Abs. 1 BGB. auf die Grundschuld die Vorschriften des Hypothekenrechts entsprechend anwendbar. Doch scheiden solche Vorschriften aus, die aus der Angelehntheit der Hypothek an die Forderung, der sog. akzessorischen Natur der Hypothek, folgen. Eine derartige Vorschrift ist auch § 1163 Abs. 1 BGB, der bestimmt, daß die Hypothek dem Eigentümer zusteht, wenn die Hypothekenforderung nicht besteht. § 1163 Abs. 1 BGB. findet also auf die Grundschuld keine Anwendung.[1]) Demnach kann § 15 KO auch den Absonderungsanspruch des Grundschuldgläubigers nicht hindern, wenn die durch die Grundschuld gesicherte künftige Forderung nach Konkurseröffnung zur gegenwärtigen Forderung wird.[2])

5) Der Bestand der Masse kann ferner dadurch gemindert werden, daß ein Dritter kraft eines mit dem Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung vereinbarten Aneignungsrechtes nach Eröffnung des Verfahrens Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile eines Massegegenstandes zu Eigentum erwirbt. Das Aneignungsrecht greift allerdings nur dann dem Konkursbeschlage gegenüber durch, wenn der Gemeinschuldner an seine Gestattung zur Aneignung dinglich gebunden ist. Nach § 956 BGB. trifft das unter einer doppelten Voraussetzung zu: Einmal muß der Besitz an dem Massegegenstand dem Aneignungsberechtigten schon vor Konkurseröffnung überlassen worden sein, und ferner muß eine Verpflichtung des Gemeinschuldners zur Gestattung der Aneignung bestehen. Wie Jaeger[3]) mit Recht ausführt, muß es sich bei dieser Verpflichtung des Gemeinschuldners um eine solche handeln, die auch der Konkursmasse gegenüber wirkt, da anderenfalls der Konkursverwalter die Aneignungsgestattung jederzeit widerrufen könnte. Eine Wirksamkeit der Verpflichtung liegt z. B. bei der Pacht vor (§ 21 Abs., 1 KO); der Pächter eines zur Masse gehörigen Grundstücks oder eines Steinbruchs kann daher auch nach Konkurseröffnung das Eigentum an den im Rahmen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft (§ 581 BGB.) geernteten Feldfrüchten oder abgesprengten Steinen erwerben.[4]) Hatte dagegen der spätere Gemeinschuldner ein Haus auf Abbruch verkauft, auch den Besitz dem Käufer übergeben, aber den Kaufpreis noch nicht vollständig erhalten, so liegt ein beiderseits noch nicht erfülltes Schuldverhält-

---

[1]) Uebereinstimmend Wolff Sachenrecht § 156 I 2, v. Tuhr Allg. Teil II 2 S. 190 Note 32, Reichsgericht RGZ Bd. 60 S. 255, Bd. 78 S. 66, Bd. 85 S. 91. Anderer Ansicht Güthe-Triebel II S. 1907 Hachenburg DJZ 1906 S. 297, Güthe DJZ 1908 S. 929 ff.

[2]) Solange die Forderung als gegenwärtige nicht besteht, kann dem Absonderungsanspruch mit der Einrede der Bereicherung begegnet werden, Wolff Sachenrecht § 156 I 2.

[3]) Jaeger § 15 Anm. 15.

[4]) Jaeger a. a. O., Planck § 956 2 a β a. E., Staudinger § 956 II 3 d, zu weit dagegen Biermann § 956 3; vgl. auch Prot. Bd. 3 S. 250.

nis vor.[1]) Der Konkursverwalter kann also gemäß § 17 KO die Erfüllung ablehnen. Dadurch erlischt zugleich die Gestattung der Aneignung, sodaß ein weiterer Eigentumserwerb des Käufers an getrennten Bestandteilen nicht eintritt.[2])

## Schluß.

Dies sind im wesentlichen die Fälle, in denen auf Grund von Vorschriften des materiellen Rechts außerhalb der Konkursordnung der Grundsatz der Erhaltung der Masse zur gleichmäßigen Befriedigung der Konkursgläubiger durchbrochen wird. Die Zahl und Bedeutung dieser Fälle dürfte wohl den Versuch einer Zusammenstellung gerechtfertigt haben.

---

[1]) Auch die Verpflichtung des Gemeinschuldners ist solange noch nicht ganz erfüllt, als der Käufer sich die Teile des Hauses nicht vollständig angeeignet hat — § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB.

[2]) Uebereinstimmend Jaeger a. a. O.

## Schrifttum.

von Aufseß, Konkursrecht und Konkursverfahren, 2. Aufl. 1931.
Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, 3. Band, 3. Aufl. 1914.
Breit, Kommentar zum Deutschen Scheckgesetz, Berlin 1929.
Dernburg, Das Bürgerliche Recht Band 3; Das Sachenrecht, 4. Aufl. Halle 1908.
Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Kommentar zum Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar), 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1929.
Endemann, Das Deutsche Konkursverfahren, Leipzig 1889.
Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 13. Bearb. Marburg 1931.
Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearbeitung, Marburg 1932.
Fitting, Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren, 3. Aufl. 1904.
Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. Tübingen 1931.
Fuchs, Grundbuchrecht, 1. Band, Berlin 1902.
Güthe-Triebel, Grundbuchordnung, 5. Aufl. Berlin 1929.
Hellmann, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, Berlin 1907.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, Band 1, 6. und 7. Aufl. Berlin und Leipzig 1931; Band 2, 5. Aufl. Berlin 1914.
Jaeger, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, 8. Aufl. Berlin und Leipzig 1932.
Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Berlin 1931.
Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, 1891.
Kohler, Leitfaden des Deutschen Konkursrechts, 2. Aufl. Stuttgart 1903.
Kunick, Die Einschränkungen der Aufrechnung und die Konfusion im Konkurse, Berlin und Leipzig 1926.
Löwe—Rosenberg, Kommentar zur Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 18. Aufl. Berlin und Leipzig 1929.
Mentzel, Kommentar zur Reichskonkursordnung, 4. Aufl. 1932.
Meyer—Schiedermair—Bleyer, die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl. Berlin, München und Leipzig 1928.
Michaelis, Wechselrecht, Berlin und Leipzig 1932.
Mothes, Die Beschlagnahme nach Wesen, Arten und Wirkungen, Leipzig 1903.
Oberneck Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl. Berlin 1909.
Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, 1. Band: Die Gläubiger, Stuttgart 1891.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl. Berlin 1927.
Petersen — Kleinfeller, Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl. 1900.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl. Berlin und Leipzig 1933.
Predari, Die Grundbuchordnung, 2, Aufl. Berlin 1913.

Quassowski—Albrecht, Wechselgesetz vom 21. 6. 1933, Scheckgesetz vom 14. 8. 1933, Berlin 1934.
Rilk, Kommentar zum Wechselgesetz, Leipzig 1933.
von Sarvey—Boßert, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl. Berlin 1901.
Schüll, Die Wirkung konkursrechtlicher Grundsätze auf das Rechtsinstitut der Einziehung, Leipziger Dissertation 1905.
Seufiert, Zur Geschichte und Dogmatik des Deutschen Konkursrechts, Nördlingen 1888.
Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht (in Bindings systematischem Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft), Leipzig 1899.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Aufl. Berlin und Leipzig 1933.
Staub—Stranz, Kommentar zum Wechselgesetz, 13. Aufl. Berlin und Leipzig 1934.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. 1925—1930.
Stein—Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 15. Aufl. Tübingen 1934.
von Tuhr, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München und Leipzig 1914.
Turnau—Förster, Das Liegenschaftsrecht, 1. Band, 3. Aufl. Paderborn 1906.
Willenbücher—Günther, Konkursordnung, 3. Aufl. 1909.
von Wilmowski—Kurlbaum, Deutsche Reichskonkursordnung, 6. Aufl. 1906.
Wolff, Martin, Sachenrecht, 9. Bearb. Marburg 1932.
Wolff, Theodor, Die Konkursordnung, 2. Aufl. 1921.

**Abkürzungen.**

ArchBürgR = Archiv für bürgerliches Recht.
ArchZivPr = Archiv für die zivilistische Praxis.
BA = Bankarchiv.
Begründung I = Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung.
Begründung II = Begründung zu den Entwürfen eines Gesetzes betr. Aenderungen der Konkursordnung 1889.
DJZ = Deutsche Juristen-Zeitung.
DogmJ = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
GruchB = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
GrünhZ = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (herausgegeben von Grünhut).
JW = Juristische Wochenschrift.
KGJ = Jahrbuch für die Entscheidungen des Kammergerichts.
KritVS = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
KuT = Konkurs und Treuhandwesen, Monatsschrift für Wirtschaft und Recht.

LZ = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs-, und Versicherungsrecht.
Mot. = Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.
MzEG = Motive zum Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
OLG = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts (herausgegeben von Mugdan — Falkmann).
Prot. = Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches Berlin 1899.
Recht = Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
RGSt. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGZ. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
SeuffA = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
WarnE = Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.
ZBlFG = Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung.
ZHR = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht.

## Lebenslauf.

Am 20. Januar 1911 wurde ich, Karl-Martin Ehrenhauß, zu Charlottenburg als Sohn des jetzigen Oberstudienrates Martin Ehrenhauß und seiner Ehefrau Helmine, geb. Schultz, geboren. Ich besuchte die Herderschule (Reform-Realgymnasium) in Charlottenburg und legte dort Ostern 1929 die Reifeprüfung ab. Ich wandte mich dann dem Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Grenoble, Berlin und Halle zu. Meine akademischen Lehrer waren die Herren Professoren: Bernhard, Bornhak, Bruns, Dersch, Glum, Goldschmidt, Hein, Herkner, Heymann, Kahl, Kipp, Kohlrausch, Lass. Noack, Peters, Schlegelberger, Schulz, Stutz, Titze, Martin Wolff. Am 29. Juli 1933 bestand ich in Berlin die erste juristische Staatsprüfung und wurde am 17. August zum Referendar ernannt. Bereits Ende 1933 gab mir Herr Professor Dr. Hein die Anregung zu der vorliegenden Arbeit. Ihre Fertigstellung wurde jedoch dadurch verzögert, daß ich von Oktober 1934 bis Oktober 1935 bei dem Reiter-Regiment No. 3 in Stendal ein Jahr freiwillig diente. Die mündliche Prüfung vor der Fakultät legte ich am 28. Mai 1936 ab.

Ich möchte nicht versäumen, Herrn Professor Dr. Hein noch an dieser Stelle herzlichst dafür zu danken, daß er mich auch bei der Anfertigung der vorliegenden Arbeit stets in liebenswürdigster Weise mit seinem Rat unterstützte.